

UiO • Det juridiske fakultet

Elevers rettslige vern mot mobbing i grunnskolen

-med hovedvekt på kommunens erstatningsansvar

Kandidatnummer: 588

Leveringsfrist: 25.04.2014

Antall ord: 17545



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Oppgavens tema.....	1
1.2	Temaets aktualitet	2
1.3	Avgrensninger.....	3
1.4	Begrepsavklaringer	4
1.4.1	Skolen	4
1.4.2	Kommunen	5
1.5	Rettskildebildet	5
1.6	Den videre fremstilling	7
2	RETTE TIL ET GODT PSYKOSOSIALT SKOLEMILJØ	8
2.1	Innledning	8
2.2	Den overordnede normen.....	8
2.2.1	Trygghet og sosialt tilhørighet.....	12
2.3	Definisjonen av mobbing og betydningen av denne.....	12
2.4	Omsorgsplikten	15
2.4.1	De ansattes tilsyn med elevene	16
2.4.2	De ansattes undersøkelses-, varslings- og handleplikt	17
2.4.3	Avgrensningen av omsorgsplikten	23
2.5	Skolens plikt til å behandle henstillinger om tiltak.....	25
2.5.1	Klage over manglende vedtak	27
2.5.2	Krav til vedtaket	27
2.5.3	Om skolens tiltak mot mobbing	28
2.5.4	Særlig om muligheten til å flytte en elev til en annen skole.....	30
2.6	Forebyggende og miljøfremmende arbeid	31
2.6.1	Sosial læring	31
2.6.2	Internkontroll	31
2.6.3	Ordensreglement.....	32
2.6.4	Hvilke refsingstiltak kan skolen hjemle i ordensreglementet?.....	34
2.7	Oppsummering.....	36

3	KOMMUNENS ERSTATNINGSANSVAR.....	37
3.1	Innledning	37
3.2	Ansvarsgrunnlaget	37
3.3	Arbeidsgiveransvaret	38
3.3.1	Hensyn bak arbeidsgiveransvaret	40
3.3.2	Kumulativt ansvar	40
3.3.3	Utgangspunktet for aktsomhetsvurderingen	41
3.3.4	Aktsomhetsvurderingen.....	43
3.3.5	Helhetsvurderingen.....	49
3.3.6	Særlig om aktsomhetsvurderingen der ansatte har mobbet	52
3.3.7	Delt bevisbyrde.....	55
3.4	Oppsummering.....	56
4	AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER	58
5	REFERANSER	60

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Oppgavens tema er elevers rettslige vern mot mobbing i grunnskolen med hovedvekt på kommunens erstatningsansvar.

I oppgaven behandles to hovedproblemstillinger: Den første problemstillingen er elevenes vern mot mobbing. Dette vernet følger hovedsakelig av retten til et godt psykososialt skolemiljø som er lovfestet i opplæringsloven¹.

Den andre hovedproblemstillingen som behandles er kommunens erstatningsansvar for skader som følge av mangelfull håndtering av mobbing. Her vil skolens plikter som det redegjøres for i første del, utgjøre fundamentet i aktsomhetsvurderingen. Skolens forpliktelser med henhold til elevenes skolemiljø er utgangspunktet for hvilke forventninger eleven kan stille til skolen.

Kommunen er ansvarlig for at alle barn får det opplæringstilbudet de i henhold til opplæringsloven har krav på. Et dårlig psykososialt skolemiljø kan i praksis umuliggjøre elevens rett til utdanning.² Et godt psykososialt skolemiljø er således en forutsetning for at retten til utdanning skal bli realisert.

Et dårlig utgangspunkt i barndommen, enten det dreier seg om mobbing eller andre krenkelser i skolen, eller overgrep, vold eller omsorgssvikt i hjemmet, preger for dem som opplever det i mange tilfeller resten av livet. Ett eksempel er at en studie utført av Nasjonalt kunnskapssenter om vold og traumatisk stress viste at 15-åringer som er utsatt for mobbing eller vold, har dobbelt så stor sannsynlighet som andre for å falle utenfor arbeidslivet senere i livet. Studien viste også at risikoen for å ikke fullføre videregående skole økte i takt med mengden mobbing eller mishandling intervjuobjektene var utsatt for.³

¹ Lov om grunnskolen og den videregående opplæringa av 17.juli 1998 nr.61

² Oppl. §2-1

³ <http://www.forskning.no/artikler/2013/desember/374654>

Hvilket rettslig vern elevene har mot mobbing kan derfor være av stor betydning for deres barndom, deres utdanning og deres fremtid.

Når det gjelder muligheten for å holde kommunen erstatningsansvarlig, har det fram til høyesterettsdommen inntatt i Rt.2012 s.146 i praksis vært nærmest umulig for eleven å vinne fram med erstatningskrav mot kommunen. Her har det imidlertid skjedd en utvikling som gir grunn til å tro at kommunens erstatningsansvar vil få større betydning framover.

1.2 Temaets aktualitet

Skolens plikt til å sikre eleven et godt psykososialt skolemiljø er et område som har vært gjenstand for en rekke lovendringer de siste årene. Den generelle rettsliggjøringen i samfunnet har også gjort sitt inntog i skolen, og utviklingen har gått i retning av økt rettighetsfesting. Barn har blitt anerkjent som rettighetssubjekter.⁴

Skolelovgivningens regler om skolemiljøet er endret fra en vag bestemmelse i grunnskoleloven⁵ til et helt kapittel i opplæringsloven med en egen erstatningshjemmel, straffebestemmelse og regel om delt bevisbyrde i erstatningssaker. Endringene må ses i sammenheng med at elevene nå tilbringer lengre tid på skolen enn de gjorde før. Viktigheten av et godt psykososialt skolemiljø er derfor større i dag enn tidligere.

1. februar 2012 avsa Høyesterett en dom⁶ som tilkjente en tidligere elev erstatning for økonomisk tap lidt som følge av mobbing i grunnskolen. Dommen gjaldt erstatning etter vedvarende og alvorlig mobbing fra medelever i grunnskolen. Eleven hadde i det meste av sin skolegang i grunnskolen blitt isolert, ertet og plaget. Spørsmålet i saken var om skolen kunne bebreides at omsorgsplikten overfor eleven ikke ble ivaretatt. Dette er først og hittil eneste gang spørsmålet om erstatning etter mobbing i grunnskolen er blitt behandlet av Høyesterett. Dommen var den første dommen som ga en tidligere elev medhold i sitt erstatningskrav mot kommunen for mangelfull håndtering av mobbing.

⁴ Smith, Lucy *Nyere utvikling i barneretten*, i Tidsskrift for familierett, arverett og barnerett nr.2/2008

⁵ Lov om grunnskolen av 13.juni 1969 nr.24 (opphevet)

⁶ Rt.2012 s.146

I tillegg har mobbing blitt viet stor oppmerksomhet politisk. Dette viser seg blant annet gjennom at det har vært vedtatt «manifest» mot mobbing av ulike regjeringer siden 2002.⁷ I tillegg har det vært nedsatt ulike utvalg som blant annet har hatt som del av sitt mandat å utrede bedre rettslig vern mot mobbing. Det siste utvalget som er nedsatt er Djupedals-utvalget, som har som mandat å «vurdere de samlede virkemidlene for å skape et godt psykososialt skolemiljø, motvirke og håndtere mobbing og andre uønskede hendelser i skolen».⁸

Å beskytte elever mot mobbing i skolen handler både om å beskytte deres utvikling og deres rett til utdanning. Oppgaven omhandler derfor en viktig side ved elevers rettigheter og rettsikkerhet.

1.3 Avgrensninger

Gjennom at det er elevers vern mot mobbing i grunnskolen som behandles avgrenses det mot rettsstillingen til elever i videregående skole og private skoler fordi rettskildebildet er noe forskjellig fra det som gjelder grunnskoleelever. I grunnskolen har elevene gjennom oppl. §2-1 både rett og plikt til opplæring, mens de i videregående skoler gjennom oppl. §3-1 bare har rett til opplæring. Selv om kapittel 9a i opplæringsloven gjennom oppl. 2-12(3) er gjort gjeldende for de private tilskuddsskolene, vil for eksempel stiftelsesgrunnlaget og privatskoleloven⁹ være relevante rettskilder her, samtidig som en del av forvaltningslovens regler ikke vil gjelde.

Det er på det rene at offentlige grunnskoler er forvaltningsorganer slik at forvaltningslovens¹⁰ (fvl.) regler kommer til anvendelse på grunnskolens virksomhet.¹¹ En nærmere redegjørelse for alle de forvaltningsrettslige prinsippene og kravene til saksbehandlingen faller imidlertid utenfor denne oppgaven.

⁷ regjeringen.no

⁸ regjeringen.no

⁹ Lov om private skolar med rett til statstilskot av 4.april 2003 nr.84

¹⁰ Lov om behandlingssmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967

¹¹ Jf. fvl. §1

Gjennom at det er kommunens erstatningsansvar som behandles, avgrenses det mot andre rettslige virkemidler eleven kan benytte når skolen ikke oppfyller forpliktelsene den har med henhold til elevenes psykososiale skolemiljø. Det gjelder klage til sivilombudsmannen og midlertidig forføyning. Det avgrenses også mot strafferettslige problemstillinger og reglene om fylkesmannens tilsyns- og instruksjonsmyndighet.

En elev som er blitt mobbet kan rette erstatningskrav mot andre ansvarssubjekter enn kommunen, for eksempel mot ansatte ved skolen, foreldrene til elever som har mobbet eller mot staten. Å rette erstatningskrav mot disse ansvarssubjektene vil i praksis være lite aktuelt. Dette er bakgrunnen for at det avgrenses mot behandling av erstatningsansvar for andre ansvarssubjekter enn kommunen.

I behandlingen av kommunens erstatningsansvar blir kun vilkåret om ansvarsgrunnlag behandlet. Oppgavens formål er ikke å belyse de generelle erstatningsrettslige prinsippene, men elevers vern mot mobbing. Aktsomhetsnormen er det erstatningsvilkåret som belyser sammenhengen mellom kommunens forpliktelser og når kommunen kan bli erstatningsansvarlig.

Det gis en oversikt over mulige ansvarsgrunnlag, men det er kun arbeidsgiveransvaret som blir behandlet. Det er dette som har størst betydning i praksis.

Foreldelsesreglene er viktige for realiseringen av muligheten til å kreve erstatning, men for omfattende til å kunne behandles forsvarlig innenfor omfanget av oppgaven. Det avgrenses derfor mot foreldelsesspørsmål. Det avgrenses også mot prosessuelle spørsmål.

1.4 Begrepsavklaringer

1.4.1 Skolen

Begrepet skole kan tolkes på mange måter og det er derfor viktig å klargjøre hvilken bruk som gjøres av det i denne oppgaven. Slik det brukes i denne oppgaven omfatter det både rektor, lærere og annet personale., men også kommunen som skoleeier inngår i begrepet skole slik det blir brukt i denne oppgaven. I de tilfellene det skal redegjøres for plikter som påligger *skoleeier spesielt*, vil jeg referere til kommunen som ansvarlig. I enkelte tilfeller vil det være nødvendig å skille mellom pliktene til skoleledelsen og de andre ansatte. Jeg vil under be-

handlingen av de ulike forpliktelsene presisere hvem som er pliktsubjekt fordi det gir best oversikt.

1.4.2 Kommunen

Skoleeier er for de offentlige grunnskolenes vedkommende kommunen. Etter oppll.§13-10 er kommunen ansvarlig for at lovens krav blir oppfylt. Det innebærer at kommunen både økonomisk og administrativt må tilrettelegge for at kommunens skoler kan innfri kravene. I kraft av å være skoleeier er kommunen ansvarlig for skolevirksomheten, herunder skolemiljøet.¹² Der hvor jeg viser til kommunen som pliktsubjekt refererer det altså til kommunen i kraft av å være skoleeier.

1.5 Rettskildebildet

Opplæringsloven (oppll.), forvaltningsloven (fvl.), skadeserstatningsloven¹³ (skl.) og barnekonvensjonen¹⁴ er relevant lovgivning for behandlingen av oppgavens problemstillinger.

Oppll utfylles av Forskrift til opplæringslova¹⁵ (oppllf.). Oppll. har vært gjenstand for en rekke lovendringer. Samtidig er det lite rettspraksis om tolkningen av den. Dette gjør at forarbeidene tillegges stor vekt i oppgaven.

Når det gjelder kommunens erstatningsansvar, reguleres dette av skl., alminnelige erstatningsrettslige prinsipper og rettspraksis. Oppll. inngår i aktsomhetsvurderingen.

Rettspraksis er en sentral rettskilde i erstatningsretten. Rt.2012 s.146 er den eneste høyesterettsdommen om erstatningsansvar etter mobbing i skolen. Dommer om erstatningsansvar etter mobbing i arbeidslivet blir i oppgaven tillagt vekt fordi de kan gi veiledning om tolkningen av skl.§2-1 om arbeidsgiveransvaret og om skadelidtes sårbarhet. Dette begrunnes nærmere der hvor disse dommene omtales.

¹² Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.7

¹³ Lov om skadeserstatning av 13. juni 1969 nr.26

¹⁴ FN's konvensjon om barns rettigheter, 16.11.1989

¹⁵ FOR-2006-06-23-724: Forskrift til opplæringslova

Barnekonvensjonen inneholder flere artikler av relevans for problemstillingene som drøftes i oppgaven. Denne er inkorporert gjennom menneskerettsloven¹⁶ §2 nr.4 og gitt forrang foran annen norsk lov. Konvensjonsbestemmelsene om barns rett til utdanning er gjennomført i norsk rett gjennom oppl., som trolig er i overensstemmelse med konvensjonens krav. Det er trolig bakgrunnen for at det ikke ble gjort endringer i opplæringsloven ved inkorporeringen av barnekonvensjonen. Artikkel 28 og artikkel 29 har hittil ikke hatt selvstendig rettslig betydning i Norge. Også en rekke andre konvensjoner omhandler retten til utdanning.¹⁷ Det vil ikke bli gjort noen inngående vurdering av om norsk rett er i overensstemmelse med alle de relevante bestemmelsene i barnekonvensjonen og andre konvensjoner. Siden barnekonvensjonen ved inkorporeringen gjennom menneskerettsloven er gjort til norsk lov, kan konvensjonens artikler påberopes for domstolene. Det at også barnekonvensjonen beskytter elevene mot mobbing kan i praksis gi vernet større tyngde.

FNs barnekomité er barnekonvensjonens overvåkningsorgan og utgir uttalelser om hvordan konvensjonsbestemmelsene er å forstå («Generelle kommentarer»). Disse kommentarene er ikke rettslig bindende, men gir god veiledning for tolkningen.¹⁸ De blir imidlertid oftere og oftere trukket fram i domstolene. Ett eksempel på det er at annenvoterende i Rt.2012 s.146 viste til barnekomiteens tolkning av barnekonvensjonen artikkel 29(1).¹⁹ Generelle kommentarer fra FNs barnekomité blir i oppgaven tillagt vekt ved tolkningen av innholdet i artikler i barnekonvensjonen.

Underrettspraksis om erstatningsansvar etter mobbing i skolen vil i liten grad bli benyttet som rettskilder. Underrettspraksis har generelt lav vekt, men når det på et område er lite rettspraksis fra Høyesterett, slik som tilfellet er her, kan det være nødvendig å trekke den inn for å gi et dekkende bilde av rettstilstanden. Rt.2012 s.146 avklarer imidlertid rettstilstanden og utgjør

¹⁶ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21.mai 1999 nr.30

¹⁷ Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) første tilleggsprotokoll art.2, FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) art.13, FNs kvinnekonvensjon (KK) art.10, FNs konvensjon om forbud mot diskriminering på grunnlag av rase (RDK) art.5e og UNESCOs konvensjon om forbud mot diskriminering i utdanningen (UNESCO).

¹⁸ Smith i Høstmælingen, Kjørholt og Sandberg (red.) (2012) *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, s.25

¹⁹ Rt.2012 s.148, premiss 77

på mange måter et taktskifte. Dette har vært et viktig moment i vurderingen av om underrettspraksisen om erstatningsansvar etter mobbing i skolen skal tillegges vekt. Dette vil det bli nærmere redegjort for i kapittel.

De spesielle forholdene ved skolesituasjonen inngår som reelle hensyn ved kartlegging av aktsomhetsnormen.²⁰

Veiledere og rundskriv har generelt lav rettskildemessig vekt, men tillegges noe vekt ved tolkningen av bestemmelsene i oppl. på bakgrunn av mangel på rettspraksis om tolkningen av bestemmelsene.

Rettskildemessige spørsmål vil ellers bli behandlet der de oppstår.

1.6 Den videre fremstilling

Skolens forpliktelser belyser hvor mye eleven kan forvente av skolevirksomheten under erstatningsspørsmålet. I stedet for å behandle skolens forpliktelser som en integrert del av redegjørelsen for erstatningsspørsmålet, er skolens forpliktelser behandlet først. Som det vil bli redegjort for, vil ikke enhver forsømmelse av disse forpliktelsene utløse erstatningsansvar. For å kunne behandle disse forpliktelsene inngående, er derfor disse kravene skilt ut til egen behandling.

Under behandlingen av erstatningsspørsmålet trekkes så skolens forpliktelser inn i vurderingen av hva eleven med rimelighet kan forvente av skolen.

I kapittel 2 behandles reglene om elevenes rett til et godt psykososialt skolemiljø og skolens forpliktelser i denne sammenheng. I kapittel 3 behandles kommunens erstatningsansvar, og i kapittel 4 gis en oppsummering og vurdering av reglene.

²⁰ Rt. 2012 s.146, premiss 29

2 Retten til et godt psykososialt skolemiljø

2.1 Innledning

Skolesektoren er en sektor av velferdsstaten hvor rettighetstenkningen har fått innpass senere enn på en del andre områder i velferdsstaten.

Som påpekt i kapittel 1.3, er det en rekke bestemmelser som har betydning for elevers vern mot mobbing i skolen. Det direkte vernet følger av bestemmelsene i oppll. kapittel 9a. Gjennom oppll.§9a-1 og §9a-3 er elevene gitt rett til et godt psykososialt skolemiljø, og skolen er som en følge av dette pålagt å forhindre at elevene utsettes for krenkende ord og handlinger som mobbing. I fremstillingen legges hovedvekten på disse bestemmelsene.

Også barnekonvensjonen gir elevene rett til et skolemiljø uten mobbing. FNs barnekomité har uttalt at barnekonvensjonen art.29 (1) om utdanningens formål stiller krav om et læringsmiljø uten toleranse for mobbing. Barnekomiteen har uttalt at artikkel 29 tilføyer en kvalitativ dimensjon til retten til utdanning i artikkel 28. I denne dimensjonen inngår blant annet et godt læringsmiljø.²¹ Den har også uttalt at artikkel 12 om retten til å bli hørt er «grunnleggende for realiseringen av retten til utdanning».²² Denne behandles i kapittel 2.5.2.

2.2 Den overordnede normen

Opplæringsloven §9a-1 oppstiller utgangspunktet for elevenes rett til et godt psykososialt skolemiljø:

«Alle elevar i grunnskolar og vidaregåande skolar har rett til eit godt fysisk og psykososialt miljø som fremjar helse, trivsel og læring.»

Begrepet psykososialt skolemiljø er ikke definert i lovteksten. I forarbeidene er det nærmere forklart at det «har med mellommenneskelege tilhøve å gjere, og er bestemt av samhandlinga

²¹ FNs barnekomité Generell kommentar nr.1, avsnitt 19

²² FNs barnekomité Generell kommentar nr.12, avsnitt 105

og kommunikasjonen mellom individene».²³ Det psykososiale miljøet sikter med andre ord til samspillet mellom individene på skolen og hvordan dette psykisk påvirker individene der. Et aspekt ved det psykososiale skolemiljøet er læringsmiljøet.

Også det fysiske miljøet vil kunne innvirke på det psykososiale miljøet, for eksempel ved at lite innbydende fysiske omgivelser kan medføre mistrivsel.

Det følger av lovens ordlyd at elevene «har rett til» et godt psykososialt skolemiljø. Lovgiver har dermed avklart at elevene skal ha en rettighet i denne henseende. Motstykket til at elevene er gitt denne rettigheten er at skolene har plikt til å innfri denne. Det eksisterer altså en «rett/plikt-relasjon», noe som er karakteristisk når det foreligger en rettighet.²⁴ Også de andre bestemmelsene i kapittel 9a gir anvisning på en rett/plikt-relasjon.²⁵ Det følger av oppl. §13-10 at kravene i kap.9a skal innfris uten hensyn til økonomi.²⁶ Dette er med å tydeliggjøre at det er tale om en rettighet.

At bestemmelsen gir elevene individuelle rettigheter med henhold til skolemiljøet, og at dette innebærer et skolemiljø fritt for mobbing, er understreket i forarbeidene: «Komiteen mener at alle elever har rett til et skolemiljø fritt for mobbing, vold, seksuell trakassering, rasisme og annen krenkende atferd.»²⁷ Uttalelsene viser at det har vært lovgivers intensjon å gi elevene individuelle rettigheter med henhold til et godt skolemiljø.

Departementet foreslo at ordlyden skulle være «Alle grunnskolar og vidaregåande skolar skal ha eit fysisk og psykososialt miljø som har tilfredsstillande verknader for helsa, trivselen og læringa til elevane.» Stortinget valgte altså å skjerpe kravet slik at elevene skal *ha rett* til et *godt* psykososialt skolemiljø i motsetning til departementets forslag om at det bare skulle «ha tilfredsstillande verknader». Videre ble det vedtatt at skolemiljøet ikke bare skal ha «tilfredsstillande verknader», men at det skal *fremme* helsa, trivselen og læringen. Ordet *fremme* stiller strengere krav til skolemiljøet enn departementets foreslåtte ordlyd «tilfredsstillande verkna-

²³ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.18

²⁴ Kjønstad og Syse (1993) *Velferdsrett I*, s.108

²⁵ Kjønstad og Syse (1993) s.108

²⁶ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.28

²⁷ Innst.O. nr.7 (2002-2003) s.5

der». I denne setningen pålegges skolen å arbeide mer aktivt enn dersom bestemmelsen bare stilte krav om at skolemiljøet skal ha tilfredsstillende virkninger.

Hvordan skal det avgjøres om det psykososiale skolemiljøet er «godt»? Departementet gir i tilknytning til den opprinnelig foreslåtte ordlyden uttrykk for at bestemmelsen inneholder et «funksjonskrav». Funksjonskravet innebærer at det er den *virkning* skolemiljøet har på den enkelte eleven som er avgjørende.²⁸ Siden uttalelsene gjelder kravene til skolemiljøet, og det ble vedtatt en ordlyd som gir elevene bedre rettigheter enn den departementet foreslo, kan dette ikke medføre at det subjektive elementet skal stå svakere enn i det opprinnelige forslaget. Derfor må forarbeidenes forklaring av funksjonskravet være veiledende. Hvorvidt kravet til et godt psykososialt skolemiljø er oppfylt må derfor avgjøres etter en subjektiv vurdering, der det er elevens egen opplevelse av virkningen skolemiljøet har på «helse, trivsel og læring» som avgjør om det psykososiale skolemiljøet er «godt».

Det at det er elevens subjektive opplevelse som er vurderingsgrunnlaget, gir bedre vern enn objektive kriterier ville ha gjort. Imidlertid er det vanskelig for pliktsubjektet (skolen) å innfri rettigheten i praksis. Som påpekt av Simen Warp, er elevenes følelsesliv noe skolen ikke kan ha full kontroll over.²⁹ Det var nok dette departementet siktet til da det anbefalte å ikke vedta kravet til skolemiljøet som en individuell rettighet fordi det kan «skape forventningar som vanskeleg kan innfriast i praksis».³⁰ Å oppstille objektive kriterier er imidlertid heller ikke enkelt når vi har med psykososiale faktorer å gjøre. Som påpekt av Henning Jakhelln, er mellommenneskelige forhold rett og slett vanskelig å regulere rettslig.³¹

Samtidig framkommer det ikke av ordlyden at skolen for å oppfylle sine forpliktelser må forholde seg til elevens følelsesliv. Dette må utledes av forarbeidene og formålet med bestemmelsen.³² Elevenes vern mot mobbing ville stått sterkere dersom det fremkom av ordlyden at

²⁸ Ot.prp. nr.72 (2002-2002) s.21

²⁹ Warp i Jakhelln og Welstad (red.) (2012) *Utdanningsrettslige emner*, s.260

³⁰ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.20

³¹ Jakhelln (2006) *Oversikt over arbeidsretten*, s.641

³² Av Forskrift om miljørettet helsevern i barnehager og skoler mv. §12 om psykososiale forhold fremgår det at skolevirksomheten «skal fremme trivsel og gode psykososiale forhold.» Forskriften gir ikke mer veiledning enn det som følger av opplæringsloven.

det ikke er objektive kriterier, men elevens subjektive opplevelse av skolemiljøets virkning på egen helse, trivsel og læring som er avgjørende for om rettigheten er innfridd.

Skolen er forpliktet til å arbeide «både generelt i forhold til alle elevene og spesielt i forhold til enkeltelever».³³ Det er altså ikke tilstrekkelig med generelle tiltak som fremmer et godt psykososialt skolemiljø. Skolene må i tillegg fortløpende vurdere om enkeltelever har behov for spesielle tiltak. At forpliktelsene også gjelder det miljøfremmende og forbyggende arbeidet, innebærer videre at skolen ikke kan iverksette tiltak som skal hjelpe enkeltelever først når en krenkelse eller skade er skjedd. Det gjelder et «føre var-prinsipp».³⁴

Rettskilder som angår voksne arbeidstakers rett til et godt psykososialt arbeidsmiljø vil kunne belyse hva som nærmere ligger i kravet til «et godt psykososialt skolemiljø». Bestemmelsene i oppl. kapittel 9a ble vedtatt for å sikre skoleelever «minst like klare rettigheter til et godt fysisk og psykososialt arbeidsmiljø som voksne arbeidstakere».³⁵ Det er derfor relevant å se hen til hva voksne arbeidstakers rett til et godt psykososialt arbeidsmiljø innebærer. Av arbeidsmiljøloven³⁶ §4-3 første ledd følger det at arbeidet skal «legges til rette slik at arbeidstakers integritet og verdighet ivaretas».³⁷

Også barnekonvensjonen artikkel 29 beskytter den enkelte elevs «naturlige verdighet».³⁸ Det er påpekt av Simen Warp at å beskytte elevene mot krenkende ord og handlinger innebærer en beskyttelse av deres verdighet, men i motsetning til arbeidsmiljøloven retter oppl. fokuset mot virkningene av skolemiljøet.³⁹

³³ Helgeland, Geir (2006) *Opplæringslova kommentarutgave*, s.275

³⁴ Ot.prp. nr.72 (2002-2002) s.21

³⁵ Innst.O. nr.7 (2002-2003) s.2

³⁶ Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17.juni 2005 nr.62

³⁷ Arbeidsmiljøloven §4-3(1)

³⁸ Barnekomiteen generell kommentar nr.13: b) «En rettighetsbasert tilnærming til omsorg for og beskyttelse av barn forutsetter et paradigmeskifte som innebærer at barnets menneskelige verdighet og fysiske og psykiske integritet blir respektert og framhevet, og at barn blir sett på som individer med rettigheter, og ikke primært som “offer”.»

³⁹ Warp i Welstad og Jakhelln (red.) (2012) s.260

Å oppstille generelle retningslinjer for hva som er et godt psykososialt skolemiljø er vanskelig fordi den har preg av å være en rettslig standard. Det nærmere innholdet må fastlegges gjennom å se hen til de andre bestemmelsene i opplæringsloven som har betydning for retten til et godt psykososialt skolemiljø samt skolens ulovfestede omsorgsplikt for elevene.⁴⁰

2.2.1 Trygghet og sosialt tilhørighet

Mer veiledning om bestemmelsens innhold får vi i opplæringsloven §9a-3(1). Her fremgår det at det psykososiale skolemiljøet skal være så godt at «den enkelte eleven kan oppleve tryggleik og sosialt tilhør». Skolen må arbeide for at alle elevene skal oppleve at de er del av et fellesskap hvor de opplever trygghet og trivsel. Kontaktlærer har her et spesielt stort ansvar fordi de vanligvis kjenner elevene best gjennom å observere dem på daglig basis. Kontaktlærer er forpliktet til å ha samtaler med hver elev minst to ganger i skoleåret.

Klassemiljøet kan være av stor betydning for elevenes opplevelse av sosialt tilhørighet. Av oppl. §8-2(1) følger det at elevene skal deles i klasser eller basisgrupper som skal ivareta deres behov for sosial tilhørighet. I forarbeidene er det uttalt at «sosial tilhørighet og et godt læringsfellesskap er viktig for alle elevers læring og trivsel. Det er viktig at organiseringsformen i skolen godt ivaretar elevenes behov for sosial trygghet og stabilitet gjennom hele opplæringen, og komiteen mener at det sosiale fellesskapet har positive effekter på barns læring.»⁴¹

Som en følge av presiseringen om elevenes rett til å oppleve sosial tilhørighet i oppl. §9a-3, kan det at en elev føler seg ensom eller ekskludert utløse handleplikt for skolen.

2.3 Definisjonen av mobbing og betydningen av denne

Opplæringsloven inneholder ingen definisjon av mobbing. Derimot inneholder forarbeidene en definisjon:

⁴⁰ Omsorgsplikten behandles i kapittel 2.4

⁴¹ Innst.O. nr.86 (2008-2009) s.4

«Ein person er mobba når han eller ho, gjentekne gonger og over tid, er utsett for negative handlingar frå ein eller fleire personar. Det er ei negativ eller aggressiv handling når nokon med vilje påfører ein annan person skade eller smerte – ved fysisk kontakt, ved ord eller på andre måtar. For å kunne bruke nemninga mobbing skal det også vere ein viss ubalanse i makt- og styrketilhøvet: den som blir utsett for dei negative handlingane, har vanskeleg for å forsvare seg og er noko hjelpelaus overfor den eller dei som plagar han eller henne.»⁴²

Denne definisjonen oppstiller tre kumulative vilkår: Det må dreie seg om aggressiv eller ondsinnet adferd, dette må gjenta seg og vedvare en viss tid, og det må skje i en relasjon hvor det er en viss ubalanse i styrkeforholdet.⁴³

Videre omtaler forarbeidene et skille mellom direkte og indirekte mobbing, men presiserer at skolens forpliktelser omfatter begge deler. Direkte mobbing defineres som «etter måten opne angrep på offeret», mens indirekte mobbing defineres som «sosial isolering og utestenging fra gruppa.»

Problemstillingen blir etter dette hvilken rettslig betydning definisjonen av mobbing har for elevenes vern mot mobbing. Opplæringsloven §9a-3(2) utdyper skolens plikter med henhold til mobbing og annen krenkende adferd. Av bestemmelsen fremgår det at mobbing er ett av elementene som angår det psykososiale skolemiljøet. Det er understreket i forarbeidene at bestemmelsen også gjelder enkeltstående ord og handlinger som oppleves som krenkende selv om disse ikke faller innenfor definisjonen av mobbing, diskriminering, vold eller rasisme.⁴⁴ Kravene til et godt psykososialt skolemiljø strekker seg med andre ord lenger enn til et skolemiljø uten mobbing. Det er derfor ikke avgjørende for elevens rettigheter om det eleven et utsatt for, faller innenfor definisjonen av mobbing. Skolens forpliktelser utløses av mindre alvorlige hendelser enn mobbing. I henhold til funksjonskravet som kan utledes av den overordnede normen i §9a-1 er det hvilken virkning det psykososiale skolemiljøet har på eleven

⁴² Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.23

⁴³ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.23

⁴⁴ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.23

som er avgjørende for skolens plikter, ikke om det eleven er blitt utsatt for enkeltvis eller samlet oppfyller vilkårene i forarbeidenes definisjon av mobbing.⁴⁵

At mobbing er definert i forarbeidene, har vist seg å ha den uheldige konsekvens å ta fokuset vekk fra elevens subjektive opplevelse av både enkelthendelser og av den samlede belastningen det psykososiale skolemiljøet har på eleven. Det er fremhevet av Welstad og Warp i utredningen som ble foretatt ved Institutt for offentlig rett at «definisjonen av mobbing slik den fremgår av forarbeidene synes å bli viet større oppmerksomhet som vurderingsgrunnlag enn totalbelastningen som gir uttrykk for elevers individuelle rett til et godt psykososialt miljø.»⁴⁶ Dette er tilfelle i flere lagmannsrettsdommer og tingrettsdommer om erstatningsansvar etter mobbing i skolen.⁴⁷

I Rt.2012 s.146 tar retten hensyn til den totalbelastningen eleven ble utsatt for og vurderer «de krav eleven med rimelighet kan stille» opp mot denne totalbelastningen. Dette er en tilnæringsmåte som samsvarer med kravene i oppl. §9a-3. I dommen ble skolens håndtering av mobbingen vurdert i lys av grunnskolelovens krav. Likevel var det totalbelastningen som ble vurdert som avgjørende for de kravene eleven med rimelighet kunne stille til skolen.

At forarbeidene inneholder en definisjon av mobbing samtidig som det ikke fremkommer av ordlyden i opplæringslovens bestemmelser om det psykososiale skolemiljøet at det er elevenes subjektive opplevelse som er avgjørende, kan altså i praksis virke begrensende på virkeliggjøringen av elevenes vern. En tydeliggjøring av at det er elevens egen opplevelse av det psykososiale miljøet som er avgjørende, ville sannsynligvis kunnet avhjelpe dette. I arbeidsmiljøloven ble trakassering ikke definert nettopp på grunn av faren for at det skulle virke begrensende på vernet.⁴⁸

⁴⁵ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.21

⁴⁶ Welstad og Warp: *Realisering av elevens rett til et godt psykososialt miljø i skolen og et elevombuds rolle. Utredning av opplæringslovens kapittel 9a og behovet for å opprette et permanent elevombud* i Institutt for offentlig retts stensilserie nr.7/2011

⁴⁷ LB-2003-13879, LG-2004-1550, LF-2005-12285, LH-2007-93102, TAUAG-2009-201181

⁴⁸ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s.100

2.4 Omsorgsplikten

Når foreldrene leverer barna eller barna går på skolebussen, er det ikke lenger foreldrene som er nærmest til å beskytte dem. Foreldrene befinner seg et annet sted uten mulighet for å føre tilsyn eller gripe inn dersom barna utsettes for noe som medfører at de fører seg krenket eller på annen måte tar skade av. Skolens omsorgsplikt innebærer derfor blant annet en plikt til å gripe inn når elever blir mobbet. Skolens omsorgsplikt for elevene må ses i sammenheng med deres rett og plikt til grunnskoleutdanning. Elevene kan i utgangspunktet ikke selv velge sitt miljø, og er derfor i stor utstrekning prisgitt sine omgivelser.⁴⁹

Den alminnelige omsorgsplikten de ansatte har kom tidligere til uttrykk i formålsparagrafen i opplæringsloven, i §1-2 femte ledd siste setning: «Alle som er knytte til skolen eller til lærebedriftene, skal arbeide for å hindre at elever, lærlingar og lære-kandidatar kjem til skade eller blir utsette for krenkjande ord eller handlingar.» Etter at ny formålsparagraf ble vedtatt i 2008,⁵⁰ fremgår ikke lenger omsorgsplikten av formålsparagrafen, men deler av den fremgår av §9a-3 annet ledd som omtaler de ansattes undersøkelses- og handleplikt. Selv om bestemmelsen om omsorgsplikten ble fjernet da ny formålsparagraf ble vedtatt, var det ikke lovgivers intensjon å endre rettstilstanden.⁵¹ Omsorgsplikten er derfor fortsatt i tråd med det som stod i den tidligere formålsparagrafen, selv om den ikke lenger fremgår av formålsbestemmelsen.

Av formuleringen som tidligere stod i formålsparagrafen kan det utledes at omsorgsplikten består av to elementer: plikten til å forhindre at elever kommer til skade og plikten til å forhindre at elever blir utsatt for krenkende ord eller handlinger. Det er for øvrig ikke nødvendigvis noe skarpt skille mellom å forhindre at elever utsettes for skade og å forhindre at de utsettes for krenkende ord eller handlinger. Det sistnevnte kan jo også føre til skader.

I NOU 1995 nr.18 uttaler utvalget om omsorgsplikten:

⁴⁹ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.16

⁵⁰ L19.12.2008 nr.118 i kraft 01.01.2009

⁵¹ Ot.prp. nr.46 (2007-2008) s.29

«Skolens ansatte må sies å ha en særlig plikt til å dra omsorg for elevene ved skolen. Jo yngre elevene er, jo større må denne plikten antas å være. Undervisningspersonalet vil således ikke bare ha rett, men også plikt til å gripe inn for å hindre at elever skader eller plager andre elever eller skader seg selv eller skolens eiendom.»⁵²

I forarbeidene til oppl. kap.9a. uttalte departementet om bestemmelsen at «lærarar og andre tilsette har alminneleg omsorgsplikt overfor elevane», og at omsorgsplikten innebærer plikt til å forhindre at elevene kommer til skade og varslingsplikt om skadelige forhold.⁵³

Av uttalelsene i forarbeidene kan det utledes at omsorgspliktens omfang er større jo yngre elevene er. Omsorgsplikten kan sies å ligge på både skolens som institusjon og hver enkelt ansatt.

2.4.1 De ansattes tilsyn med elevene

En forutsetning for å kunne forhindre at elevers skades eller blir utsatt for krenkelser er at det føres tilsyn med elevene. Opplf. inneholder i §12-1 bokstav a en bestemmelse om skolens tilsynsplikt. Denne lyder:

«Når skolen er ansvarleg for tryggleiken til elevane, må tilsynet i praksis vere forsvarleg i forhold til risikoen for at skade eller ulykke kan skje.»

Det følger av bestemmelsen at tilsynet til enhver tid må være forsvarlig. Hva som er forsvarlig, kan ikke gis et generelt svar, men må vurderes etter forholdene. For eksempel vil elevenes alder og hvilke aktiviteter elevene bedriver være relevant. Dersom skolens ansatte har fått indikasjoner om at en elev blir mobbet, må skolen vurdere å skjerpe tilsynet i situasjoner hvor eleven kan bli mobbet. Enkeltelevers spesielle sårbarhet må også hensyntas.

Rettspraksis om omsorgsplikten i vurderinger av aktsomhetsnormen etter fysiske skader i grunnskolen gir veiledning om hvor streng tilsynsplikten er.

⁵² NOU 1995:18 s.232

⁵³ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.7

Rt.1997 s.1081 gjaldt en elevs erstatningskrav mot fylkeskommunen etter skade som følge av trampetthopp. Fylkeskommunen ble på grunnlag av arbeidsgiveransvaret holdt ansvarlig for gymnastikklærerens uaktsomhet ved mangel på tilsyn ved bruk av trampetten. Eleven fikk medhold i sitt erstatningskrav mot fylkeskommunen. Høyesterett uttalte: «Som et generelt utgangspunkt legger jeg til grunn at skolen har plikt til å sørge for at gymnastikkundervisningen skjer under forsvarlige forhold, slik at risikoen for at elevene skal bli påført skade reduseres så langt som mulig.» Det ble vurdert som uaktsomt at læreren oppholdt seg i en annen del av gymnastikksalen mens elevene fikk bruke trampetten som del av oppvarmingsøvelsene, og at læreren ikke umiddelbart grep inn med fløyten da elevene begynte med ureglementerte hopp.

Rt.2004 s.2015 gjaldt spørsmålet om en kommune var erstatningsansvarlig på grunnlag av arbeidsgiveransvaret for skade en elev pådro seg ved høydehopp i gymtimen. Eleven vant under dissens 3-2 frem med sitt erstatningskrav mot kommunen. Gymnastikklærerens tilsyn under elevenes høydehopp ble vurdert som uaktsomt fordi han ikke instruerte elevene om hvordan de skulle plassere matten før hvert enkelt hopp. Dette til tross for at det ikke fantes skrevne norske retningslinjer om dette og skadestatistikken viste lav forekomst av slike skader. Høyesterett la under aktsomhetsvurderingen stor vekt på at slike skader likevel måtte anses som påregnelige.

I begge dommene var aktsomhetsvurderingen begrenset til om gymnastikklærerens tilsyn med elevene var forsvarlig. Av dommene kan det utledes at det gjelder en generelt streng norm for hvor mye skolens ansatte skal gjøre for å verne elevene mot skader. Denne normen kommer ikke lenger klart til uttrykk i opplæringsloven etter at den nevnte bestemmelsen i formålsparagrafen ble fjernet.

2.4.2 De ansattes undersøkelses-, varslings- og handleplikt

Undersøkelses-, varslings- og handleplikten som er lovfestet i §9a-3 andre ledd supplerer og presiserer omsorgsplikten:

«Dersom nokon som er tilsett ved skolen, får kunnskap eller mistanke om at ein elev blir utsett for krenkjande ord eller handlingar som mobbing, diskriminering, vald eller rasisme, skal

vedkommande snarast undersøkje saka og varsle skoleleiinga, og dersom det er nødvendig og mogleg, sjølv gripe direkte inn.»

Bestemmelsen pålegger alle ansatte ved skolen en undersøkelses-, varslings- og handleplikt. Det fremgår av ordlyden «nokon som er tilsett ved skolen» at pliktene gjelder for alle ansatte ved skolen. Dette er også presisert i forarbeidene.⁵⁴ Dermed gjelder forpliktelsene også for eksempel vaktmester og rengjøringspersonale. At pliktene gjelder for SFO-ansatte kommer klart til uttrykk i §9a-9, som fastsetter at bestemmelsene i kapittel 9a også gjelder for skolefritidsordningen. Det fremgår av ordlyden at det er snakk om en *plikt*. De ansatte pålegges her et direkte ansvar. Dette forhindrer ansvarspulverisering.

Av ordlyden fremgår det at undersøkelsesplikten inntreffer når en ansatt «får kunnskap eller mistanke om» at en elev er blitt utsatt for krenkende ord eller handlinger. Det er altså ikke bare ved kunnskap, men også ved mistanke at pliktene inntreffer. Dette innebærer en økt aktsomhetsgrad.

I forarbeidene til opplæringsloven påpeker utvalget at etterutdanning av lærere kan være effektivt for å avdekke og motvirke mobbing. For eksempel kan lærerne lære å avdekke skjult mobbing, som kan være vanskelig å avdekke.⁵⁵

Eksempler på slike indikasjoner er at eleven endrer adferd, for eksempel gjennom konsentrasjonsvansker eller ved å bli mer innesluttet enn tidligere, at en elev snakker mindre med medelever enn tidligere, eller at resultatene er synkende. Det er vanskelig å angi hvor den nedre grensen skal gå.

Det må understrekes at dette kan være indikasjoner på helt andre problemer, som omsorgssvikt i hjemmet, helsemessige problemer eller overgrep fra personer som ikke har noe med skolen å gjøre. De ansatte må være observante overfor slike indikasjoner uavhengig av årsaken. De ansatte har etter oppl. 15-3 opplysningsplikt til barneverntjenesten «når det er grunn til å tru at eit barn blir mishandla i heimen eller når det ligg føre andre former for alvorleg

⁵⁴ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.23

⁵⁵ NOU 1995:18 s.178

omsorgssvikt». Det følger av bestemmelsen at opplysningsplikten også utløses «når eit barn har vist vedvarande alvorlege åtferdsvanskar».

Formålet med bestemmelsen i oppll.§9a-3 er å pålegge de ansatte å passe på elevene, være observante og reagere når de får indikasjoner på at noe er galt. Videre må det tillegges vekt at bestemmelsene bygger på et føre-var-prinsipp.⁵⁶ Dette tilsier at terskelen for å undersøke må være lav.

2.4.2.1 Hva er krenkende ord eller handlinger?

Pliktene inntreffer som nevnt ved kunnskap eller mistanke om at en elev er utsatt for krenkende ord eller handlinger. Spørsmålet er hva som kan anses som «krenkende». «Krenkende ord eller handlinger» refererer til en rettslig standard. Ord eller handlinger kan oppleves som krenkende for en elev selv om det etter en objektiv vurdering ikke kan anses som krenkende.

Bestemmelsen i oppll. §9a-3 må tolkes i lys av den overordnede normen i §9a-1 som gir den enkelte elev en individuell rett til et godt psykososialt skolemiljø. Det må derfor som utgangspunkt være den enkelte elevs opplevelse som avgjør hva som skal anses som krenkende.

Videre presiseres det i forarbeidene at miljøets virkning på den enkelte elev skal vurderes både enkeltvis og samlet.⁵⁷ Det innebærer at enkeltepisoder kan anses som krenkende når de settes i sammenheng med andre episoder. Samtidig kan mobbing bestå av episoder som isolert sett ikke er krenkende. Det er derfor viktig å vurdere virkningene på den enkelte både enkeltvis og samlet i samsvar med forarbeidene.

Forarbeidene nevner som eksempel på krenkende ytringer «enkeltstående ytringar om utsjånad, misdanningar eller funksjonshemningar».⁵⁸ Videre påpekes det at også unnlatelser kan være krenkende. I forarbeidene nevnes som eksempel det at en elev blir systematisk utestengt fra lek eller andre aktiviteter.⁵⁹

⁵⁶ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.21

⁵⁷ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.31

⁵⁸ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.23

⁵⁹ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.23

Imidlertid må det settes en grense et sted. Det kan krenke andre elever dersom en elev i for stor grad får definere andres oppførsel som krenkende. Fokuset på hver elevs subjektive opplevelse kan misbrukes. En elev kan for eksempel føle det krenkende å bli bedt om å lese høyt.

Som forslag til vurderingstema i slike tvilstilfeller foreslår Simen Warp å «se hen til om den som hevder seg krenket, har en beskyttelsesverdig interesse».⁶⁰ Eksempler på interesser som ikke er beskyttelsesverdige, er interesse i å være på toppen av «klassehierarkiet».

Ordlyden begrenser ikke bestemmelsen til å gjelde krenkende ord eller handlinger fra medelever. I forarbeidene er det presisert at bestemmelsen gjelder krenkende ord eller handlinger fra både medelever og personalet.⁶¹

Hvordan skal det avgjøres om ord eller handlinger fra ansatte er krenkende? Utgangspunktet for vurderingen er det samme som når en elev føler seg krenket av en medelev: I henhold til funksjonskravet som kan utledes av §9a-1 er det elevens egen opplevelse som er det grunnleggende utgangspunktet for vurderingen. Det følger av dette at den ansattes intensjon med sine utsagn eller handlinger i utgangspunktet er underordnet. Denne tolkningen støttes av at det et elevenes psykososiale miljø som skal vernes gjennom bestemmelsene. Noe veiledning til avgjørelsen i tvilstilfellene gir det at de ansatte er forpliktet til å arbeide for å oppfylle elevenes rett til å oppleve trygghet og sosial tilhørighet, jf. oppl. §9a-3. Adferd som er egnet til å skape utrygghet eller følelse av å være ekskludert fra fellesskapet vil derfor i mange tilfeller måtte anses som krenkende.

Adferd som er nødvendig for å gjennomføre undervisningen kan ikke anses som vernet av bestemmelsen selv om en enkelt elev opplever adferden som krenkende. Dersom læreren ikke skal kunne gjøre dette, vil det kunne gå utover muligheten til å gjennomføre undervisningen. Det er derfor klart at elevens subjektive opplevelse ikke ubetinget kan avgjøre hva læreren skal være avskåret fra å si og gjøre. Imidlertid kan det være vanskelig for utenforstående å identifisere krenkende adferd fra lærere i undervisningen.

⁶⁰ Warp i Jakhelln og Welstad (red.) (2012) s.272

⁶¹ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.23

I tvilstilfellene kan det være veiledende å se hen til om lærerens oppførsel krenker formålene med undervisningen. I Rt.1982 s.1729 (Hoaas III) uttalte Høyesterett at det er «en klar tjenesteplikt å respektere og fremme (formålsparagrafen) i undervisningen».

Av oppl. §1-1 siste ledd følger det at skolen skal møte elevene med «tillit, respekt og krav og gi dei utfordringar som fremjar danning og lærelyst». Om lærerens adferd har vært i strid med disse målsetningene, taler det for at adferden ikke er akseptabel.

I en lagmannsrettsdom⁶² ble det vurdert som uakseptabelt at en lærer skar grimaser mens lese-svake elever leste høyt og til tider hoppet over eller lo av dem. Vurderingen av denne fremgangsmåten fra læreren inngikk i en bred vurdering av om avskjed av læreren var rettmessig. Likevel sier dommen noe om hvor grensen for akseptabel adferd fra en lærer går.

I en dom avsagt av Agder lagmannsrett⁶³ ble det lagt vekt på elevenes behov for trygghet: «Trygghet er en vesentlig forutsetning for læring. Dette kravet har ikke den ankende part oppfylt i forhold til alle elever.» Læreren hadde hatt en undervisningsform som blant annet innebar at elever som hadde løst oppgaver feil, måtte skrive dette på tavlen for å vise de andre elevene hvordan det *ikke* skulle gjøres. Det medførte at flere av elevene følte seg hengt ut og begynte å føle frykt i timene. Dommens beskrivelse av trygghet som forutsetning for læring er i samsvar med de kravene som stilles til de ansatte i medhold av oppl. §9a-3(1).

I en dom avsagt av Eidsivating lagmannsrett⁶⁴ ble både formålsparagrafen og §9a-1 vektlagt i vurderingen av to læreres adferd. De hadde blant annet hatt negative holdninger til barn med læreversker. Dette var ikke i samsvar med formålsparagrafens bestemmelse om å møte elevene med respekt og tillit. Lagmannsretten fant det videre sannynliggjort at det hadde vært klare mangler ved læringsmiljøet i strid med elevenes rett til et godt psykososialt skolemiljø. Det var derfor grunnlag for kommunen som arbeidsgiver å i medhold av styringsretten flytte lærerne til en annen skole.

⁶² LF-1997-00415

⁶³ RG.2000 s.683

⁶⁴ LE-2009-101574

Det kan altså ikke gis et generelt svar på hva som er å anse som krenkende adferd hverken når det gjelder krenkende adferd fra medelever eller fra ansatte. I alle dommene ble det lagt til grunn at det ikke er avgjørende om læreren har fungert overfor enkelte elever. Dette er i samsvar med elevenes individuelle rett til et godt psykososialt skolemiljø. Det følger av drøftelsen at formålsparagrafen vil kunne angi hensyn til vurderingen av tvilstilfelle.

2.4.2.2 Undersøkelsesplikten

Undersøkelsesplikten innebærer at den ansatte *av eget tiltak* skal undersøke. Det betyr at plikten kan inntre selv om den ansatte ikke er blitt varslet av noen om at eleven er blitt utsatt for krenkelser.

Hvordan skal den ansatte undersøke? Eleven har etter barnekonvensjonen art.12 har rett til å bli hørt i forhold som angår ham eller henne. Det innebærer at den ansatte også må ha samtaler med de elevene som antas å stå bak krenkelsene, siden retten til å bli hørt gjelder for dem også. Dessuten er samtaler med både den mobbede eleven og elevene som mobber nødvendig for å oppfylle kravene i fvl.⁶⁵

Hensikten med undersøkelsen må være å finne ut hvordan krenkelsene innvirker på elevens helse, trivsel og læring, og å finne tiltak som kan bedre elevens psykososiale skolemiljø.⁶⁶

2.4.2.3 Varslingsplikten

Den enkelte ansatte pålegges gjennom bestemmelsen i oppl. §9a-3(2) *varslingsplikt* til ledelsen. Formålet med bestemmelsen er å «sørgje for at leiinga blir klar over problemet, slik at klassestyrar og foreldre eventuelt kan koblast inn, og nødvendige tiltak kan setjast i verk.»⁶⁷ At ansatte varsler er også nødvendig for at skoleledelsen skal kunne overholde sin informasjonsplikt overfor elevene, elevenes foreldre og ulike organer.⁶⁸

⁶⁵ Se blant annet fvl. §17

⁶⁶ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.23

⁶⁷ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.23

⁶⁸ Informasjonsplikten følger av oppl. §9a-6

Skolen må ha klare rutiner for hvordan slike meldinger skal følges opp.⁶⁹ Det er også nødvendig å systematisere eller loggføre slike meldinger for å kunne se enkeltstående hendelser i sammenheng. Slike klare rutiner inngår i kravene til det kontinuerlige og systematiske skolemiljøarbeidet som blir nærmere behandlet i kapittel. 2.6.

2.4.2.4 Handleplikten

De enkelte ansatte er gjennom bestemmelsen i oppl. §9a-3 tredje ledd pålagt å «dersom det er nødvendig og mogleg, sjølv gripe direkte inn.» Dersom den ansatte får vite, enten gjennom egne eller andres observasjoner at en elev på det aktuelle tidspunktet blir mobbet, må det anses «nødvendig» å gripe inn. Det vil for eksempel gjelde når den ansatte får høre nedsettende bemerkninger fra en elev til en annen, eller når den ansatte observerer at andre ansatte behandler en elev på en krenkende måte. Den ansatte kan gripe inn ved for eksempel å gi beskjed om at den aktuelle oppførsel ikke er akseptabel.

Å iverksette refsingstiltak kan være nødvendig avhengig av alvoret i situasjonen. Selv om de ansatte i utgangspunktet er avskåret fra å bruke fysisk makt, kan dette i noen tilfeller være nødvendig for å oppfylle handleplikten. Det vil for eksempel gjelde hvis en elev er i ferd med å skade seg selv eller andre.⁷⁰ Da vil bruk av fysisk makt kunne være lovlig ut ifra de strafferettslige prinsippene om nødrett og nødverge, noe som blant annet forutsetter at maktbruken er forholdsmessig.⁷¹

2.4.3 Avgrensningen av omsorgsplikten

Hvor langt rekker skolens omsorgsplikt for elevene? Skolen har ikke omsorgsplikt for elevene bare i skoletiden på skolens område.

I forarbeidene til kapittel 9a er det presisert at elevene også på skoleveien har behov for vern.⁷² Departementet uttaler at det må legges til grunn at «både skolen og transportøren, som er ansvarleg for skoleskyssen, har omsorgsplikt for elevane under transporten, men ser likevel

⁶⁹ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.23

⁷⁰ NOU 1995:18 s.232

⁷¹ NOU 1995:18 s.232

⁷² Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.19

at dette kan presiserast i lovverket». ⁷³ Opplæringsloven inneholder derfor en forskriftshjemmel. Denne er imidlertid hittil ikke brukt. Utdanningsdirektoratet legger til grunn at kapittel 9a også gjelder på skoleveien. ⁷⁴

I en dom avsagt av Hålogaland lagmannsrett ble det lagt til grunn at skolen ikke kunne holdes ansvarlig for mobbing som hadde skjedd på skoleveien. Flertallet la til grunn at mobbing på skoleveien «må vurderes annerledes enn hendelser innenfor skolens område». ⁷⁵

Etter min mening må mobbing på skoleveien inngå i det helhetlige bildet av hva skolen har hatt eller burde ha hatt kunnskap om. Mobbing på skoleveien må tas i betraktning når skolen vurderer adekvate tiltak. Hva som er adekvate tiltak må vurderes i lys av omfanget av mobbingen og hvilken påvirkning den har på elevenes helse, trivsel, læring, trygghet og sosial tilhørighet. I den erstatningsrettslige vurderingen av de tiltakene skolen har iverksatt kan det derfor ikke settes noe skarpt skille mellom mobbing på skoleveien og i skolegården. Det avgjørende må være om skolen har hatt indikasjoner om mobbingen på skoleveien som må settes i sammenheng med det skolen ellers har visst. En annen sak er at det vil være vanskeligere å statuere uaktsomhet ved skolens handlemåte dersom mobbingen utelukkende har foregått på skoleveien. Dersom skolen kun har kjennskap til mobbing på skoleveien, må et minstekrav likevel være at den informerer foreldrene og i samarbeid med dem vurderer hva som kan gjøres. Sammenfatningsvis må det legges til grunn at skolen ikke er helt uten ansvar for det som foregår på skoleveien. Indikasjoner om at en elev blir mobbet på skoleveien må ses i sammenheng med andre indikasjoner, og skolen må i samarbeid med hjemmet finne løsninger som ivaretar elevens trygghet også på skoleveien.

Hva med fritiden og digitale medier? Sigurd Knudtzon argumenterer for at dersom det psykososiale skolemiljøet blir svekket på grunn av handlinger som skjer utenom skoletiden, har de ansatte i det minste rapporteringsplikt til ledelsen. ⁷⁶ Han mener at dette kan utledes av §9a-3

⁷³ Ot.prp.nr.72 (2001-2002) s.19

⁷⁴ Udir-2-2010 pkt.2

⁷⁵ LH-2007-93102

⁷⁶ Knudtzon i Jakhelln og Welstad (red.) (2012) s.352

annet ledd fordi bestemmelsen kan tolkes slik at den omhandler krenkende ord og handlinger en elev blir utsatt for uavhengig av om dette skjer i skoletiden.

Ordlyden «får kunnskap eller mistanke om at ein elev blir utsett for krenkjande ord eller handlingar (...)» taler i seg selv for en slik tolkning. Indikasjoner om mobbing eller annen krenkende adferd som har foregått på fritiden, kan medføre «kunnskap eller mistanke» om at en elev er blitt utsatt for krenkende ord eller handlinger. Undersøkelsesplikten kan derfor utløses på bakgrunn av slik kunnskap. Dersom en elev blir mobbet på fritiden, øker også sannsynligheten for at eleven er blitt eller kommer til å bli mobbet på skolen. En slik tolkning er i overensstemmelse med bestemmelsens formål og de reelle hensynene bak.

2.5 Skolens plikt til å behandle henstillinger om tiltak

Oppl. §9a-3 tredje ledd lyder:

«Dersom ein elev eller forelder ber om tiltak som vedkjem det psykososiale miljøet, deriblant tiltak mot krenkjande åtferd som mobbing, diskriminering, vald eller rasisme, skal skolen snarast mogleg behandle saka etter reglane om enkeltvedtak i forvaltningslova. Om skolen ikkje innan rimeleg tid har teke stilling til saka, vil det likevel kunne klagast etter føresegnene i forvaltningslova som om det var gjort enkeltvedtak.»

Skolen er her pålagt å imøtekomme henstillinger om tiltak som gjelder det psykososiale miljøet ved å «snarast mogleg behandle saka etter reglane om enkeltvedtak i forvaltningslova»

Det fremkommer av ordlyden at vilkåret for at denne plikten skal inntre er at eleven eller elevens foreldre ber om tiltak. Slik er den også tolket av Utdanningsdirektoratet⁷⁷ og av Geir Helgeland.⁷⁸ Når kommunen eller skoleledelsen tar stilling til krav om å gjøre noe med skolemiljøet, er det altså å anse som enkeltvedtak. Bestemmelsen innebærer derfor en «enkeltvedtaksplikt» når det gjelder behandling av henstillinger om tiltak som vedkommer det psy-

⁷⁷ Udir-2-2010 s.18: «Skolen har en ubetinget plikt til å behandle alle henstillinger om tiltak vedrørende det psykososiale miljøet fra elever eller foreldre i samsvar med reglene om enkeltvedtak i forvaltningsloven»

⁷⁸ Helgeland (2006) s.279

kososiale skolemiljøet..Ved at behandlingen av slike henstillinger skal skje som enkeltvedtak, sikres eleven en rekke prosessuelle rettigheter.⁷⁹

Det er understreket i forarbeidene at oppfordringen om tiltak kan komme fra andre enn eleven selv eller elevens foreldre uten at dette innvirker på skolens plikt til å «ta stilling til» oppfordringen.⁸⁰

Av forarbeidene fremgår det også at lovgivers intensjon med bestemmelsen har vært å sikre at elever som opplever mobbing eller andre typer krenkelser skal kunne føle seg trygge på at skolen tar problemet på alvor: «Elevar som opplever å bli utsette for mobbing, vald, rasisme eller ulike former for diskriminering, bør kunne vere trygge på at skolen tek problema deira på alvor, og, eventuelt i samarbeid med andre styremakter, set inn nødvendige tiltak for å stanse slik åtferd. Departementet vil derfor gjere framlegg om å lovfeste ei føresegn som forpliktar skolen til å følgje opp saka når nokon vender seg dit om slike problem. Skolens reaksjon bør reknast som enkeltvedtak sjølv om tiltak ikkje blir sette i verk.»⁸¹.

Dette bør tolkes slik at lovgivers intensjon har vært pålegge skolene å behandle slike henstillinger raskt, sette i verk tiltak raskt og å sikre eleven klageadgang.

I rapporten «Realisering av elevenes rett til et godt psykososialt miljø i skolen og et elevombuds rolle» er det påpekt at dersom skolene i praksis alltid skal fatte enkeltvedtak når det henstilles om tiltak som har med det psykososiale skolemiljøet å gjøre, vil dette kreve mye ressurser og slik sett gå på bekostning av skolemiljøarbeidet. Videre innebærer en slik «enkeltevedtakspunkt» et brudd med gjeldende rettstilstand om at enkeltvedtak bare skal fattes hvis det etter sitt innhold «gjelder rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer», slik definisjonen av enkeltvedtak i forvaltningsloven §2 første ledd bokstav b gir uttrykk for.⁸²

⁷⁹ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.18

⁸⁰ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.23: «Oppmodingane kan komme frå elevar, føresette eller råd og utval som representerer dei.»

⁸¹ Ot.prp.nr.72 (2001-2002) s.16

⁸² Welstad og Warp *Realisering av elevenes rett til et godt psykososialt miljø i skolen og et elevombuds rolle*, Institutt for offentlig retts skriftserie nr.7/2011

2.5.1 Klage over manglende vedtak

Av stor betydning for elevenes vern mot mobbing er at det i §9a-3 er gitt klageadgang for mangel på vedtak om det psykososiale skolemiljøet. Vilåret for at klageadgangen skal inntre er at skolen «ikke innen rimelig tid» har tatt stilling til saken. Hva som er rimelig tid, må vurderes i lys av hvor alvorlig saken er, herunder hvilken betydning den har for eleven. Det er uklart om bestemmelsen setter strengere krav til skolens tidsbruk enn forvaltningsloven §11a. Av forarbeidene framgår det som nevnt at lovgivers intensjon har vært å pålegge skolene å behandle slike henstillinger raskt. Siden dette ikke er gjort ved en henvisning til fvl., taler det for at intensjonen har vært å skjerme kravet til tidsbruk.

Departementet viste i forarbeidene til at mangel på vedtak for eleven kan være like negativt eller enda verre enn et vedtak i strid med elevens oppfatning. Å styrke klageadgangen på denne måten var ment å bidra til at formålet med reglene i kapittel 9a i større grad blir oppfylt ved at det skulle få skolene til å i større grad etterleve forpliktelsene.⁸³

Skolen kan altså ikke trenere saken ved å ikke fatte vedtak da dette i seg selv kan medføre at eleven klager til fylkesmannen. I flere mobbesaker som er omtalt i mediene er det nettopp skolens tidsbruk som er problemet, for eksempel ved at det bare avholdes møter uten at det settes i verk konkrete tiltak. Regelen er godt egnet til å bekjempe problemer som at skolen bruker lang tid, gjør for lite eller ikke gjør noe med problemet i det hele tatt.

2.5.2 Krav til vedtaket

Ved at behandlingen av slike henstillinger skal skje som enkeltvedtak, stiller det strengere krav til saksbehandlingen. Blant annet skal saken være «så godt opplyst som mulig før vedtak treffes» jf. fvl. §17, vedtaket skal være skriftlig (jf. fvl. §23), begrunnet (jf. fvl. §24), og det kan klages over det (jf. fvl. §28 og oppl. §9a-3 tredje ledd). En nærmere redegjørelse for alle de forvaltningsrettslige prinsippene og kravene til saksbehandlingen faller imidlertid utenfor denne oppgaven.

⁸³ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.19

Elevene har i kraft av barnekonvensjonen artikkel 12 og barneloven⁸⁴ §31⁸⁵ rett til å bli hørt i saker som angår dem, noe som gir dem rett til å bli hørt også i saker angående det psykososiale skolemiljøet. Barnekomiteen har uttalt at det innenfor skole og utdanning «er særlig viktig å ta hensyn til barnas synspunkter i arbeidet med å avskaffe diskriminering og forebygge mobbing, og når det gjelder bruk av disiplinære tiltak.»⁸⁶ I oppl. kommer retten til å bli hørt kun til uttrykk gjennom oppl. §2-9, som gir en elev rett til å forklare seg muntlig før refsings-tiltak blir ilagt vedkommende.

Det er påpekt i den nevnte rapporten fra Institutt for offentlig rett at elevenes rett til å bli hørt i liten grad ivartas i praksis og derfor burde ha kommet til uttrykk i opplæringsloven kapittel 9a.⁸⁷ Dette er også påpekt av Barneombudet, som i forbindelse med sitt prosjekt «Bekymringsmelding» i 2012 gjennomgikk en rekke tilsynsrapporter hos fylkesmennene, uten en eneste gang å finne gjengivelser av barnets mening.⁸⁸

Ivaretagelse av barnets rett til å bli hørt har også nær sammenheng med muligheten til å fatte beslutninger i tråd med barnets beste, jf, barnekonvensjonen artikkel 3. Det kan være vanskelig å vite hva som er best for barnet hvis barnets mening ikke er blitt hørt. Retten til å bli hørt burde derfor ha kommet til uttrykk også i oppl. kapittel 9a for å presisere denne rettigheten overfor skolen.

2.5.3 Om skolens tiltak mot mobbing

Av vesentlig betydning er naturligvis at det settes i verk tiltak når dette er nødvendig og at innholdet i tiltakene er egnet til å få slutt på mobbingen. Det fremgår ikke av bestemmelsen i oppl. §9a-3(3) at skolen må iverksette tiltak, men at skolen må iverksette tiltak når det er

⁸⁴ Lov om barn og foreldre av 8. april 1981 nr. 7

⁸⁵ Barneloven §31: «Etter kvart som barnet blir i stand til å danne seg egne synspunkt på det saka dreiar seg om, skal foreldra høyre kva barnet har å seie før dei tek avgjerd om personlege forhold for barnet. Dei skal leggje vekt på det barnet meiner alt etter kor gammalt og modent barnet er. Det same gjeld for andre som barnet bur hos eller som har med barnet å gjere.» Skolens plikt til å høre barnet følger av tredje punktum.

⁸⁶ FNs barnekomitee Generell kommentar nr.12, s.25 pkt.109

⁸⁷ Welstad og Warp i *Realisering av elevenes rett til et godt psykososialt miljø i skolen og et elevombuds rolle. Utredning av opplæringsloven kapittel 9a og behovet for å opprette et permanent elevombud* s.95

⁸⁸ *Bekymringsmelding* Rapport fra barneombudet overlevert Kunnskapsdepartementet 2.juni 2012

nødvendig er en forutsetning for å sikre elevene et godt psykososalt skolemiljø. Videre ligger det i kravet om å «ta stilling til» oppfordringer at det nødvendigvis må vurderes å iverksette tiltak.

Det følger av barnekonvensjonen art.3 at «barnets beste skal være et grunnleggende hensyn» ved alle handlinger som berører barn. I tillegg følger det av oppl. §9a-3(1) at skolen skal arbeide for at alle elever skal oppleve trygghet og sosial tilhørighet. Målet med tiltakene må derfor strekke seg lenger enn til å få slutt på mobbing. For eksempel kan det være nødvendig å iverksette tiltak for å få eleven integrert i det sosiale miljøet.

Skolen må for å oppfylle sine forpliktelser igangsette tiltak som står i forhold til alvorlighetsgraden av det eleven er utsatt for. En forutsetning for dette er at situasjonen er kartlagt. Tiltakene kan være rettet mot de elevene som mobber, mot den eleven som er blitt mobbet (for eksempel i form av hjelp og støtte) og mot lærere eller andre ansatte som har misligholdt sine plikter.

Tiltak «som vedkjem det psykososiale miljøet» kan for eksempel være refsingstiltak mot de elevene som mobber, men det er mange andre måter å reagere på enn å iverksette refsingstiltak. For eksempel vil samtaler med mobberne i en del tilfeller kunne være tilstrekkelig til å få slutt på mobbingen. Disse vurderingene er ikke rent juridiske vurderinger, men også pedagogiske og psykologiske vurderinger. Jeg vil derfor ikke gå nærmere inn på disse vurderingene.

Kontaktlæreren må ha en sentral rolle i vurderingen av hvilke tiltak som skal iverksettes. Det er ofte kontaktlæreren som kjenner eleven best, og det er kontaktlæreren som har ansvaret for samarbeidet med hjemmet, jf. oppl.§8-2(2).

Det skal nevnes at skolen etter oppl. §9a-6(3) er forpliktet til å varsle elevens foreldre snarest dersom det er forhold ved skolemiljøet som kan virke negativt på elevens helse.

Hvis det på bakgrunn av elevenes rettigheter er nødvendig å iverksette tiltak, er ikke kommunens økonomi relevant. Det følger av oppl. §13-10(1) at kommunen skal «stille til disposisjon dei ressursane som er nødvendige for at krava skal kunne oppfyllest».

I Rt.2012 s.146 gikk Høyesterett langt i å overprøve skolens skjønn med henhold til hvilke tiltak som ble iverksatt. Dette behandles nærmere i kapittel 3.3.5.

.

2.5.4 Særlig om muligheten til å flytte en elev til en annen skole

Oppl. §8-1(4) hjemler en mulighet for skolen til å flytte en elev som mobber. Bestemmelsen lyder:

«Når omsynet til dei andre elevane tilseier det, kan ein elev i særlege tilfelle flyttast til ein annan skole enn den skolen eleven har rett til å gå på etter første leddet. Før det blir gjort vedtak om å flytte ein elev, skal ein ha prøvd andre tiltak. Når det er nødvendig, kan eleven flyttast til ein skole utanfor kommunen, men ikkje slik at eleven må flytte ut av heimen eller at skoleskyssen blir uforsvarelg lang.»

Det fremgår av ordlyden at denne muligheten bare kan benyttes i særlige tilfeller, og at alle andre muligheter først må være utprøvd før det fattes vedtak om å flytte en elev. Tiltaket må være «nødvendig».

I forarbeidene uttaler departementet om bestemmelsen: «Retten til enkelteleven må i slike heilt spesielle tilfelle vike for retten til andre elever i klassen. Dette vil for eksempel kunne gjelde situasjonar der ein står overfor vedvarande og alvorleg mobbing eller anna åtferd som verkar øydeleggjande på læringssituasjonen.»⁸⁹

Bestemmelsen gir en mulighet til å reagere mot en elev som mobber som normalt vil innebære å skåne den mobbede eleven fra videre mobbing fra den aktuelle eleven – i hvertfall i skolehverdagen. Tiltaket er svært inngripende fordi det innebærer at en elev mot sin vilje flyttes ut av sin nærscole, sitt nærmiljø og sine omgangsvenner. Det må derfor anses som enkeltvedtak. Bestemmelsen er trolig lite kjent og lite brukt i praksis. I praksis er det dessverre oftere den mobbede eleven som bytter skole fordi skolen ikke gjør nok for å få slutt på mobbingen.

⁸⁹ Ot.prp. nr.44 (1999-2000) s.33

2.6 Forebyggende og miljøfremmende arbeid

Oppl. §9a-3 sier uttrykkelig at skolen skal arbeide aktivt og systematisk «for å fremje» et godt psykososialt skolemiljø. Lovgiver har her presisert at skolen er forpliktet til å arbeide systematisk og aktivt med det psykososiale skolemiljøet. Videre fremgår det som tidligere nevnt ved at ordet «fremje» er brukt at kravene strekker seg lenger enn til bare forebyggende arbeid, slik at det systematiske arbeidet også bør rette seg mot å skape positive virkninger for elevene.

Internkontroll og ordensreglement utgjør viktige elementer ved det forebyggende og miljøfremmende arbeidet. Imidlertid har disse også betydning ved håndteringen av mobbing.

2.6.1 Sosial læring

En viktig side ved dette arbeidet er den sosiale opplæringen av elevene. Gjennom å lære elevene hva som er god adferd og hva som ikke aksepteres, er mye gjort. Ordensreglementet er et nyttig verktøy i den sosiale opplæringen av elevene. For eksempel kan ordensreglementet signalisere nulltoleranse for mobbing.

Kontaktlærer har et særskilt ansvar for elevenes sosiale læring. Forskning har vist at god klasseledelse har stor betydning for omfanget av mobbing.⁹⁰

2.6.2 Internkontroll

Gjennom §9a-4 pålegges skolen å arbeide med skolemiljøet kontinuerlig og systematisk. Ved at arbeidet må gjøres kontinuerlig har lovgiver ment å presisere at skolemiljøarbeidet ikke bare kan igangsettes når noe spesielt skjer. Dette vil kunne utledes allerede av §9a-1 og 9a-3, som gir elevene rett til et skolemiljø som fremmer helse, trivsel og læring, hvor elevene kan oppleve trygghet og sosial tilhørighet. Departementet uttaler om kravet til internkontroll at det innebærer «å omsetje krava i lov og forskrift til konkrete mål for skolemiljøet, kartlegge utfordringane, og planleggje og iverksetje tiltak for å nå måla og handtere både daglege og ekstraordinære utfordringar».⁹¹

⁹⁰ Roland, Erling (2014) *Mobbingens psykologi* s.69

⁹¹ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.17

Skolen må «dokumentere at slike systematiske tiltak er etablerte og faktisk blir fulgte opp.»⁹² Den nye regelen om delt bevisbyrde i erstatningsaker om det psykososiale skolemiljøet vil kunne virke som incitament for skolene til å oppfylle dokumentasjonsplikten. Denne behandles i kapittel 3.3.8.

Kravet om internkontroll skal bidra til større bevissthet om arbeidet.⁹³ I forarbeidene uttaler departementet at formålet med bestemmelsen er å tvinge skolen til å holde seg til kravene i oppl. og å gjøre det eksterne tilsynet lettere.⁹⁴ I tillegg gjør den den eksterne kontrollen enklere å utføre fordi internkontrollen skal dokumentere at det faktisk er iverksatt systematiske tiltak og at tiltakene blir fulgt opp.⁹⁵

Elevene er i oppl. §9a-5 gitt rett til å delta i skolemiljøarbeidet. Dette er med å sikre at deres rett til et godt psykososialt skolemiljø blir ivaretatt fordi det er elevene selv som vet best hvordan skolemiljøet påvirker dem og hvilke mangler det har. Det vil dermed være lettere for skolen å få informasjon om hvordan skolemiljøet påvirker elevene.⁹⁶ Elevene har også etter barnekonvensjonen art.12 rett til medbestemmelse i slike spørsmål. Oppl. §9a-5 er trolig i samsvar med konvensjonens krav.

2.6.3 Ordensreglement

Ordensreglementet er en viktig del av skolens arbeid for et godt psykososialt skolemiljø, herunder forebygging av mobbing. Gjennom å vedta regler om hva slags oppførsel som er tillatt og konsekvenser av å bryte reglene, kan skolen forebygge mobbing og annen uønsket adferd. Målet med ordensreglementet bør imidlertid strekke seg lenger: Siden skolen er forpliktet til å arbeide for å fremme et godt psykososialt skolemiljø, bør innholdet i ordensreglementet bør reflektere dette ved å angi positivt hvordan elevene *bør* oppføre seg mot hverandre. I forar-

⁹² Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.17

⁹³ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.16-17

⁹⁴ Ot.prp.nr.72 (2001-2002) s.19

⁹⁵ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.17

⁹⁶ Ot.prp. nr.72 82001-2002) s.17

beidene påpekes det at skolen gjennom hjemmelen for ordensreglement har fått et nyttig redskap med henhold til å innfri sine forpliktelser.⁹⁷

Hjemmelen for ordensreglement i grunnskolen er oppll. §2-9. Ordensreglement er å anse som forskrift fordi det «gjelder rettigheter eller plikter til et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer», jf. forvaltningsloven §2 første ledd bokstav c.

Opplæringsloven §2-9 første ledd lyder:

«Kommunen skal gi forskrifter om ordensreglement for den enkelte grunnskolen. Reglementet skal gi regler om rettane og pliktene til elevane så langt dei ikkje er fastsette i lov eller på annan måte. Reglementet skal innehalde regler om åtferd, regler om kva tiltak som skal kunne brukast mot elevar som bryt reglementet og regler om framgangsmåten når slike saker skal behandlast.»

Det er altså *kommunen* som har plikt til å sørge for at alle skolene innenfor kommunen har et ordensreglement. Bestemmelsen er imidlertid ikke til hinder for at kommunen delegerer vedtakskompetansen.⁹⁸

Av annet ledd i bestemmelsen følger det at ordensreglementet må gjøres kjent for elevene og deres foreldre, men det er gjort unntak fra kravet om kunngjøring i Norsk Lovtidend i forvaltningsloven §38 første ledd bokstav c.⁹⁹

Bestemmelsen stiller krav om at ordensreglementet skal inneholde regler om atferd, hvilke tiltak som skal kunne brukes mot elever som bryter reglementet og fremgangsmåten når slike saker skal behandles.

⁹⁷ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.16

⁹⁸ Ot.prp.nr.46 (1997-1998) s.157

⁹⁹ NOU 1995:18 s.233

2.6.4 Hvilke refsingstiltak kan skolen hjemle i ordensreglementet?

Det som står i ordensreglementet, må naturligvis ligge innenfor de rammene som følger av både opplæringsloven og annen lovgivning.¹⁰⁰ Oppl. §2-9(3) setter en uttrykkelig grense mot fysisk refsing og annen krenkende behandling. Denne bestemmelsen er unødvendig fordi det samme følger av straffeloven¹⁰¹ §228 flg. om legemsfornærmelse, men at oppl. inneholder et uttrykkelig forbud er av utvalget begrunnet med at det har en pedagogisk funksjon.¹⁰²

Det er kun den eller de elevene som har brutt ordensreglementet som kan ilegges sanksjoner. Kollektiv refsing kan altså ikke benyttes. Med kollektiv refsing menes at hele klassen ilegges en sanksjon for noe en eller flere enkeltelever har gjort.¹⁰³

Det strengeste refsingstiltaket som kan benyttes, er bortvisning.¹⁰⁴ Derfor er dette refsingstiltaket hjemlet i opplæringsloven §2-10. Bestemmelsen gir imidlertid ikke i seg selv hjemmel for bortvisning. Den gir skolen hjemmel for å fastsette regler om bortvisning som sanksjon i ordensreglementet.¹⁰⁵ Det følger av bestemmelsen at skolens kompetanse til å bortvise barne- skoleelever er begrenset til resten av skoledagen. For bortvisning av ungdomsskoleelever er kompetansen begrenset til tre skoledager. Videre nevner forarbeidene tiltak som muntlig eller skriftlig påtale fra lærer eller rektor, gjensitting og parade.¹⁰⁶

Hva som er krenkende refsingstiltak må avgøres etter en etisk og skjønnsmessig vurdering. Et eksempel på straff som klart må anses krenkende er å latterliggjøre en elev.¹⁰⁷ Det følger også av Barnekonvensjonen art.28 nr.2 at skolens disiplin må være forenlig med «barnets menneskeverd». Oppl. er trolig i overensstemmelse med forpliktelsene etter barnekonvensjonen.

¹⁰⁰ NOU 1995:18 s.227

¹⁰¹ Almindelig borgerlig Straffelov av 22.mai 1902 nr.10

¹⁰² NOU 1995:18 s.235

¹⁰³ NOU 1995:18 s.229

¹⁰⁴ NOU 1995:18 s.228

¹⁰⁵ NOU 1995:18 s.234

¹⁰⁶ NOU 1995:18 s.228

¹⁰⁷ NOU 1995:18 s.229

Det refsingstiltaket en elev ilegges må stå i forhold til den handlingen vedkommende har foretatt.¹⁰⁸ Det følger av det ulovfestede forholdsmessighetsprinsippet, som er et grunnleggende prinsipp for forvaltningsorganer. At dette også gjelder for skolen følger av at skolen er et forvaltningsorgan, og er også presisert i forarbeidene. Der nevnes det at en elev blir bortvist på grunn av småprat i enkelte timer som eksempel på en uforholdsmessig sanksjon.¹⁰⁹

Skolen har ikke hjemmel til å bruke tvang for å gjennomføre sanksjonene. Imidlertid kan det at en elev ikke retter seg etter de sanksjonene han eller hun er ilagt, selvsagt medføre ytterligere konsekvenser, for eksempel nedsatt karakter i orden og oppførsel.

Ordensreglementet skal i henhold til oppl. §2-9 inneholde prosedyrer for hvordan refsingstiltak skal behandles. I forarbeidene er det presisert at de mer alvorlige refsingstiltakene vil være å anse som enkeltvedtak, mens de ordinære refsingstiltakene kan fattes etter prosedyrene som ordensreglementet skal inneholde.¹¹⁰ Eksempler på refsingstiltak som er så inngripende at de må anses som enkeltvedtak, er bortvisning og klassebytte.

Eleven er i oppl. §2-9 fjerde ledd gitt rett til å uttale seg før det fattes refsingsvedtak. Dette følger også av barnekonvensjonen art. 12. Denne får imidlertid ikke selvstendig betydning når det gjelder refsingstiltak siden oppl. bestemmelse i §2-9 presiserer dette.

Når det gjelder grensen for hvilke tiltak som skal anses som refsingstiltak, er ikke det at tiltaket oppleves negativt for eleven avgjørende.¹¹¹ En rekke tiltak som en lærer kan gjøre i undervisnings øyemed vil kunne oppleves negativt for eleven, for eksempel det å flytte en elev til en annen pult i klasserommet eller be en elev om å skrive på tavlen.

Hvor langt rekker skolens kompetanse til å regulere elevenes adferd gjennom ordensreglement? Det er ikke mulig innenfor denne oppgavens rammer å gå i dybden på spørsmålet om avgrensningen av skolens kompetanse til å regulere og sanksjonere elevenes adferd. Det er

¹⁰⁸ NOU1995:18 s.300

¹⁰⁹ NOU 1995:18 s.229

¹¹⁰ Ot.prp. nr.46 (1997-1998) s.116

¹¹¹ NOU 1995:18 s.228

ikke tvilsomt at ordensreglementet kan regulere elevenes adferd *i skoletiden*. Reglene må være saklig begrunnet og ikke for inngripende i forhold til formålet. Dette gjelder uavhengig av om adferden i skoletiden foregår på digitale medier.

At ordensreglementet kan regulere og hjemle sanksjoner mot elevenes adferd på vei til og fra skolen, ble lagt til grunn av utvalget i NOU 1995:18.¹¹² Det er også lagt til grunn av Utdanningsdirektoratet.¹¹³

Hva med handlinger elevene foretar seg på fritiden, for eksempel på digitale medier? I forarbeidene uttaler utvalget at skolens adgang til å gi regler som har virkning utenfor skolen gjelder bare «så langt det kan begrunnes direkte i skolegangen». Videre uttalte utvalget at ordensreglementet kan ha «bestemmelser om elevenes atferd på vei til og fra skolen, men ikke om elevenes opptreden i fritiden for øvrig».¹¹⁴ Det er ikke mulig innenfor opgavens rammer å redegjøre nærmere for grensen går.

2.7 Oppsummering

Elevene er i oppl. kapittel 9a gitt rett til et psykososialt skolemiljø som etter en individuell vurdering fremmer helse, trivsel og læring, samt gir grunnlag for å oppleve sosial tilhørighet. Det gir i utgangspunktet elevene sterke rettigheter. Selv om det psykososiale skolemiljøet og hva et godt psykososialt skolemiljø er kjennetegnet av, er vanskelig å regulere rettslig, har ordlyden et forbedringspotensial. Flere av reglene viser til rettslige standarder, som «godt psykososialt miljø» og «krenkjande». At det er elevens subjektive opplevelse som er avgjørende, burde ha kommet til uttrykk i ordlyden. Det ville trolig bidra til å redusere problemet med at skolene bortdefinerer mobbing og andre krenkelser ut ifra en objektiv vurdering.

Skolens tilsynsplikt kommer ikke klart til uttrykk i oppl., men følger av opplf. Siden tilsyn med elevene er viktig for å avdekke og bekjempe mobbing, burde dette ha kommet til uttrykk i loven.

¹¹² NOU 1995:18 s.227

¹¹³ Udir-2-2010 s.2

¹¹⁴ NOU 1995:18 s.227

Dersom det potensialet som ligger i muligheten til å normere elevenes adferd gjennom ordensreglementet benyttes, vil det kunne bidra til å realisere elevenes vern mot mobbing. Muligheten for å flytte en elev som bedriver vedvarende mobbing av en eller flere medelever er trolig lite kjent. Ved å bruke denne i alvorlige tilfeller har skolen en «sikkerhetsventil» for å få slutt på mobbingen når andre tiltak ikke virker.

3 Kommunens erstatningsansvar

3.1 Innledning

Gjennom muligheten for å kreve erstatning for økonomisk tap lidt som følge av mobbing, har eleven en mulighet for å få økonomisk kompensasjon i ettertid. Muligheten for erstatningskrav fra elever er et rettssikrende element ved at det kan bidra til å få skolene til å oppfylle sine forpliktelser i henhold til elevenes rett til et godt psykososialt skolemiljø.

Tre kumulative grunnvilkår må være oppfylt for at en skadevolder skal bli erstatningsansvarlig: Skadelidte må som hovedregel være påført et økonomisk tap, det må foreligge et ansvarsgrunnlag på skadevoldersiden og det må foreligge adekvat årsakssammenheng mellom den skadevoldende handlingen og skaden eller det økonomiske tapet som har oppstått. Vilkårene om årsakssammenheng og økonomisk tap vil ikke bli behandlet.

3.2 Ansvarsgrunnlaget

Overfor kommunen kan erstatningsansvaret bygge på ansvarsgrunnlagene arbeidsgiveransvar, organansvar eller ulovfestet objektivt ansvar. I de rettssakene om erstatningsansvar etter mobbing i skolen som hittil er ført for norske domstoler, er det arbeidsgiveransvaret som er blitt påberopt som ansvarsgrunnlag.¹¹⁵ Oppgaven er avgrenset til å behandle arbeidsgiveransvaret som ansvarsgrunnlag.

¹¹⁵ I Rt.2012 s.146 anførte eleven for tingretten og lagmannsretten at kommunen subsidiært var ansvarlig på grunnlag av ulovfestet objektivt erstatningsansvar.

Ved lov 21. juni 2013 nr. 18 som trådte i kraft 1.1.2014 fikk oppl. en ny bestemmelse, §9a-8 om erstatningsansvar og delt bevisbyrde etter brudd på bestemmelsene om det psykososiale skolemiljøet. Bestemmelsen første ledd lyder:

«Reglane i lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning kapittel 2 gjeld for saker om psykososialt skolemiljø etter reglane i dette kapitlet.»

Annet ledd i bestemmelsen innfører delt bevisbyrde i slike saker. Denne behandles i kapittel 3.3.8. Henvisningen skal ifølge forarbeidene ikke lede til noen realitetsendring, men «tydeliggjøre i opplæringsloven at det er mulig å kreve erstatning» og «gjøre terskelen lavere for å ta ut søksmål i saker om erstatning for brudd på bestemmelsene om psykososialt skolemiljø». ¹¹⁶ Henvisningen skal heller ikke begrense muligheten for erstatningssøksmål til å gjelde skl. §2-1. ¹¹⁷

3.3 Arbeidsgiveransvaret

Etter skl. §2-1 er arbeidsgiver objektivt erstatningsansvarlig for ansattes uaktsomme handlinger og unnlatelser. Bestemmelsens første ledd lyder:

«1. Arbeidsgiver svarer for skade som voldes forsettlig eller uaktsomt under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren, idet hensyn tas til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt. Ansvarer omfatter ikke skade som skyldes at arbeidstakeren går utenfor det som er rimelig å regne med etter arten av virksomheten eller saksområdet og karakteren av arbeidet eller vervet.»

Arbeidsgiveransvaret gjelder for all offentlig virksomhet. Det er kommunen som hva gjelder de offentlige grunnskolen er å anse som arbeidsgiver.

Arbeidsgiveransvaret er objektivt i den forstand at arbeidsgiver er erstatningsansvarlig uten hensyn til egen skyld, men det kreves uaktsomhet fra dem arbeidsgiveren hefter for. Arbeidsgiver identifiseres dermed med sine ansattes handlinger. Dette innebærer at risikoen for den

¹¹⁶ Prop. 129 L (2012-2013) s.47

¹¹⁷ Prop. 129 L (2012-2013) s.47

skadevoldende handlingen eller unnlatelsen plasseres på arbeidsgiveren. Samtidig hefter arbeidstaker på subjektivt grunnlag, slik at arbeidsgiver og arbeidstaker er solidarisk ansvarlige overfor skadelidte.

Ettersom skadelidte ikke trenger å bevise noen skyld hos arbeidsgiver, kan arbeidsgiveransvaret anses som en skyldpresumsjon.¹¹⁸ Det presumeres at arbeidsgiver har ansvar for det som har skjedd både fordi arbeidsgiver har det overordnede ansvaret for driften, fordi det er arbeidsgiver som velger hvem som skal ansettes og har ansvaret for oppfølging av disse.

Kommunen som arbeidsgiver vil kunne bli ansvarlig både når det er medelever og når det er ansatte som står bak mobbingen. Når elever står bak mobbingen, er ikke kommunen ansvarlig for mobbingen i seg selv, men de ansattes håndtering av den. Hovedvekten legges på aktsomhetsvurderingen hvor det er medelever som har stått for mobbingen. Aktsomhetsvurderingen hvor ansatte har mobbet behandles i kapittel 3.3.7.

Det avgrenses mot problemstillinger knyttet til erstatningskrav som bygger på ugyldighet ved enkeltvedtak.

Hvordan skal grensen dras for hvilke personers handlinger og unnlatelser kommunen som arbeidsgiver hefter for? Skl. §2-1 stiller krav om at det skal foreligge et ansettelsesforhold. Begreper «arbeidstaker» omfatter ifølge forarbeidene «hele skalaen av den virksomhet som utføres i en arbeidsgivers tjeneste fra øverst til nederst».¹¹⁹ Som det er redegjort for i kapittel 2.4, gjelder omsorgsplikten alle ansatte ved skolen.

I erstatningssaker etter mobbing i skolen vil det sjelden volde problemer å avgjøre hvem som er arbeidstakere. Dette spørsmålet blir derfor ikke nærmere behandlet.

¹¹⁸ Nygaard, Nils (2007) *Skade og ansvar*, s.221

¹¹⁹ Innst.1962 II s.43 og Ot.prp. nr.48 (1965-66) s.79

3.3.1 Hensyn bak arbeidsgiveransvaret

At risikoen for arbeidstakernes skadeforvoldelse plasseres hos arbeidsgiver har lang rettslig tradisjon hos oss.¹²⁰ Bestemmelsen om arbeidsgiveransvar i skl.2-1 ble vedtatt for å bidra til «en mer samlet og enhetlig regulering enn tilfellet vil være dersom alt overlates til rettspraksis.»¹²¹ Bak ligger betraktninger om at arbeidsgiver er nærmere til å bære risikoen for arbeidstakernes skadeforvoldelser under arbeidet enn arbeidstakerne selv. Den skadeevnen en person har, er vanligvis større gjennom det yrket man utøver enn når man opptrer som privatperson. Når det er gjennom rollen som arbeidstaker man har størst skadeevne tilsier dette at ansvaret bør hvile på arbeidsgiver, som har det øverste ansvaret for hvordan virksomheten drives. Hensynene bak er mange av de samme som hensynene bak det objektive, ulovfestede ansvaret.

Arbeidsgiveransvaret virker preventivt ved at arbeidsgiver får incitament til å ansette godt nok kvalifiserte personer og gjennom at arbeidsgiver får grunn til å skjerpe rutinene for sikkerhet, opplæring og så videre.

Arbeidsgiver vil også ha mulighet til å tegne ansvarsforsikring slik at ansvaret kan pulveriseres som en driftsomkostning. Erstatningsrettens grunnleggende pulveriseringshensyn ivaretas derfor bedre ved å legge risikoen på arbeidsgiveren. Videre er dekningsmuligheten bedre. Hensynet til at skadelidte lettere skal få dekket sitt tap (reparasjonshensynet), er et viktig hensyn bak arbeidsgiveransvaret.

3.3.2 Kumulativt ansvar

Formuleringen «idet hensyn tas til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten, er tilsidesatt» er ifølge forarbeidene ment å uttrykke at hele virksomheten kan bedømmes under ett.¹²² Det er da ikke noe krav om at den enkelte ansattes handlinger alene skal ha vært alvorlige nok til å utløse ansvar. De ansattes handlinger kan også kumuleres med eventuelle feil fra arbeidsgivers side. Det er om «hele forholdet sett i

¹²⁰ Engstrøm, Bjørn (2010) *Skadeserstatningsloven med kommentarer*, s.67

¹²¹ Ot.prp. nr.48 (1965-66) s.33

¹²² Ot.prp. nr.48 (1965-66) s.80

sammenheng må anses erstatningsbetingende»¹²³ som er avgjørende. Det er heller ikke nødvendig å påvise hvem av dem som har opptrådt uaktsomt. Det er tilstrekkelig at det kan påvises at skaden er voldt av noen av arbeidsgiverens ansatte.¹²⁴ Arbeidsgiveransvaret omfatter altså både anonyme og kumulative feil.¹²⁵

Overfor eleven står da skolens ansatte, skoleledelsen og kommunen som en enhet som skulle ha forhindret skaden.¹²⁶

I Rt.2012 s.146 var det ansvarsformen kumulativt ansvar som ble vurdert, slik at klassestyrer, PPT, rektors og øvrige ansattes innsats ble vurdert samlet. Høyesterett uttalte at det avgjørende var «om kommunens ansatte - lærere, rektorer og PP-tjeneste - kan bebreides at omsorgsplikten overfor A ikke ble tilfredsstillende ivaretatt.»¹²⁷

Den videre fremstilling bygger på denne ansvarsformen.

3.3.3 Utgangspunktet for aktsomhetsvurderingen

I formuleringen «de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten» inngår også at det må ses hen til *typen virksomhet* ved vurderingen av hvilke krav skadelidte «med rimelighet kan stille».¹²⁸

Hvilken aktsomhetsnorm som skal gjelde for offentlige virksomheter, har vært et omdiskutert spørsmål etter at forarbeidene til skl. åpnet for å anvende en mildere culpanorm for visse typer offentlig servicevirksomhet.¹²⁹ I Rt.2012 s.146 ble det avklart at det er den alminnelige aktsomhetsnormen som skal gjelde for det offentliges skolevirksomhet.¹³⁰

¹²³ Ot.prp. nr.48 (1965-66) s.80

¹²⁴ Ot.prp. nr.48 (1965-66) s.80

¹²⁵ Ot.prp. nr.48 (1965-66) s.44

¹²⁶ Nygaard (2007) s.248

¹²⁷ Dommens premiss 38

¹²⁸ Ot.prp. nr.48 (1965-66) s.80

¹²⁹ Ot.prp. nr.48 (1965-66) s.49

¹³⁰ Rt.2012 s.146, premiss 28

Vilkåret om ansvarsgrunnlag er ikke nødvendigvis oppfylt ved i seg selv at det har foregått mobbing. Kommunen kan ikke holdes erstatningsansvarlig på grunnlag av at miljøet ikke er mobbefritt, ettersom skolen ikke kan ha full kontroll over elevenes oppførsel. Heller ikke det at det kan fastslås at kravene til skolemiljø ikke er oppfylt, er nødvendigvis i seg selv tilstrekkelig til å statuere erstatningsansvar. Det er hvor mye skolen har gjort for å bekjempe mobbingen som er avgjørende, og her skal man se hen til hva som fra skolens side samlet sett er blitt gjort.

Alminnelige rettskildefaktorer som lovregler, reelle hensyn og rettspraksis gir veiledning når aktsomhetsnormen skal kartlegges. Det heter i forarbeidene at bestemmelsen nødvendigvis må «få preg av en «rettslig standard», og anvendelsen av denne må overlates til domstolene i det konkrete tilfelle.»¹³¹ Det er imidlertid lite rettspraksis på området. Kun en gang har Høyesterett behandlet spørsmålet, i Rt.2012 s.146.

3.3.3.1 Betydning av hvilken lov som danner utgangspunktet for vurderingen

Det er den lovgivningen som gjaldt i det tidsrommet skaden skjedde som skal være vurderingsgrunnlaget.¹³² Det følger av at aktsomhetsvurderingen knytter seg til situasjonen da skaden skjedde. Med unntak av en tingrettsdom¹³³ har jeg ikke funnet rettspraksis hvor skolens håndtering er vurdert mot de kravene kapittel 9a stiller til skolen.

I Rt.2012 s.146 uttalte Høyesterett i et obiter dictum at opplæringsloven §9a-3 ikke «innholdsmessig stiller strengere krav til elevenes arbeidsmiljø enn det som fulgte av grunnskolelova. Den gir først og fremst, gjennom annet ledd, en skjerping og presisering av de ansattes undersøkelses- og aktivitetsplikt. Dessuten gir tredje ledd elever og foreldre formelle rettigheter til å få behandlet slike saker etter forvaltningslovens regler.»¹³⁴

Av uttalelsen kan det utledes at forskjellene mellom grunnskoleloven og opplæringsloven først og fremst gjelder presiseringen av de ansattes undersøkelses- varslings- og handleplikt,

¹³¹ Ot.prp. nr.48 (1965-66) s.49

¹³² Nygaard (2007) s.172

¹³³ TAUAG-2009-201181

¹³⁴ Dommens premiss 36

plikten til å behandle henstillinger om tiltak som enkeltvedtak og klageadgang for manglende vedtak. Høyesteretts uttalelse knytter seg til oppll. §9a-3. En viktig forskjell fra grunnskoleloven er også at det legges stor vekt på å presisere skolens ansvar for det forebyggende og miljøfremmende arbeidet.

Kjernen i vernet mot mobbing – at skolens ansatte har plikt til å forsøke å forhindre at elevene utsettes for det – er ikke berørt av lovendringene.

Oppll. fastsetter altså mer detaljerte regler enn grunnskoleloven. I grunnskoleloven er forpliktelsene mindre presise. Forskjellen mellom grunnskoleloven og oppll. slik den var før kapittel 9a ble vedtatt, er mindre. Med de mer presise reglene i oppll. kapittel 9a vil det lettere kunne konstateres at det er handlet rettsstridig overfor eleven. Dermed vil det også bli en lavere terskel for å konstatere uaktsomhet til tross for at brudd på disse normene ikke automatisk utløser erstatningsansvar. Det må derfor gjelde en noe strengere aktsomhetsnorm for saker der kravene til skolen skal vurderes etter oppll. kapittel 9a.

Samtidig vil ikke disse forskjellene nødvendigvis komme til uttrykk under aktsomhetsvurderingen fordi det under ansvarsformen kumulativt ansvar skal gjøres en helhetlig vurdering. Det vil avhenge av hvilke feil som er gjort.

Som det vil bli redegjort for, gjelder de ansvarsbetingende feilene i Rt.2012 s.146 feil som trolig ikke ville bli vurdert annerledes etter oppll. Derimot vil enkelte type feil og unnlatelser kunne tillegges større vekt dersom skolens handlemåte skal vurderes mot opplæringslovens krav. I lys av de skjerpede pliktene for systematisk og miljøfremmende arbeid, vil brudd på disse pliktene måtte vurderes noe strengere etter oppll. Imidlertid er det ikke lett å tenke seg at et elev vil kreve erstatning på bakgrunn av brudd på disse pliktene alene. Det vil i praksis være på grunnlag av det samlede bildet av skolens håndtering under reglene om kumulativt ansvar at det kreves erstatning.

3.3.4 Aktsomhetsvurderingen

Handlemåten på skolens side må vurderes ut ifra de forventninger eleven «med rimelighet» kan stille. Dette er av Lødrup uttrykt slik at «oppmerksomheten knytter seg til den funksjon som den eller de ansatte utøver – det er den som skal tilfredsstille de krav skadelidte med ri-

melighet kan forvente».¹³⁵ Både handlinger og unnlatelser skal tas i betraktning. Skolens håndtering, herunder de ansattes utøvelse av sin omsorgsplikt, må ligge utenfor det eleven med rimelighet kunne forvente, jf. skl.§2-1.

Reglene i oppl. utgjør skrevne adferdsnormer for skolevirksomheten, og de krav som stilles der utgjør fundamentet i aktsomhetsvurderingen.¹³⁶

Momentene som gjennomgås her, er ikke uttømmende. Hvilke momenter som gjør seg gjeldende vil naturligvis variere fra sak til sak. Alle forpliktelsene skolen har kan inngå som momenter i aktsomhetsvurderingen.

3.3.4.1 Skolens kunnskap, herunder plikt til å kartlegge situasjonen

Skolens samlede håndtering skal vurderes i lys av de forutsetninger de ansatte hadde for å handle annerledes ut ifra den kunnskap de hadde og de normer som den gang var gjeldende.¹³⁷ Skadevirkningene om mobbing har vært vel kjent lenge, men er enda bedre belyst i senere år. Det må i hvert tilfelle gjøres en konkret vurdering av kunnskapen som var allment kjent på den tiden mobbingen foregikk, herunder rådene skolen fikk i form av veiledere, rundskriv og annet informasjonsmateriell.

I Rt.2012 s.146 uttalte annenvoterende: «Ved mistanke om mobbing må forholdene undersøkes, og eventuelle tiltak må bygge på et tilstrekkelig avklart grunnlag».¹³⁸ Dette må ha vært undersøkt gjennom samtaler med eleven hvordan skolemiljøet samlet virker på eleven. Forutsetningen må da være at skolen har hatt indikasjoner som gir grunn til å undersøke og kartlegge situasjonen. Imidlertid kan denne terskelen i tråd med drøftelsen i kap.2.4.4 om når undersøkelsesplikten inntreffer, ikke være høy.

¹³⁵ Lødrup, Peter (2005) *Lærebok i erstatningsrett* s.162

¹³⁶ Rt.2012 s.146, premiss 30

¹³⁷ Nygaard (2007) s.172

¹³⁸ Dommens premiss 75

Hva eleven, elevens foreldre og eventuelt andre har gjort for å informere skolen må tas i betraktning i vurderingen av hva skolen visste og hvilke incitamenter skolen hadde til å skaffe mer kunnskap.

Videre kan ikke det hver ansatt har visst vurderes isolert. I lys av de kravene oppl. §9a-3 og §9a-4 stiller til det systematiske arbeidet med skolemiljøet, må det legges skolen til last dersom den ikke har hatt rapporteringsrutiner som gjør det mulig å se enkelthendelser i sammenheng. Det følger av forarbeidene til kapittel 9a at de samlede faktorer skal tas i betraktning.¹³⁹

Rt.2012 s.146 går langt i å prøve skolens skjønn med henhold til de tiltakene som ble iverksatt. Det som fra skolens side var gjort for å håndtere mobbingen, gikk i hovedsak ut på meglings mellom den mobbede eleven og mobberne samt tiltak som skulle forbedre den mobbede elevens sosiale modenhet, blant annet deltakelse i en gutteklubb. Lagmannsretten hadde videre funnet bevist at klassestyreren ved noen få anledninger hadde snakket med de andre elevene i klassen om hvordan de behandlet den mobbede eleven.

Høyesterett vurderte om den strategien skolen valgte, var «forsvarlig ut fra de retningslinjer og den kunnskap man den gang hadde.»¹⁴⁰ Etter en gjennomgang av den informasjon som den gangen var tilgjengelig, konkluderte Høyesterett med at det ikke var «grunnlag for å bruke en meglings- eller samtaleform som eneste strategi, når det over flere år viste seg at dette ikke hadde den ønskede effekt».¹⁴¹

Høyesterett fremhevet unnlatelsen av å identifisere og irettesette mobberne: «Først og fremst skulle de forsøkt å identifisere mobberne, og sette inn tiltak direkte rettet mot dem.»¹⁴² Høyesterett vurderte det at det meste av oppfølgingen ble overlatt til klassestyreren som å være årsak til denne unnlatelsen: «Særlig på dette punkt synes det å ha vært en feilvurdering å overlate en så stor del av oppfølgingen til klassestyreren alene.»¹⁴³

¹³⁹ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.31

¹⁴⁰ Dommens premiss 54

¹⁴¹ Dommens premiss 61

¹⁴² Dommens premiss 64

¹⁴³ Dommens premiss 64

Kjernen i skolens omsorgsplikt med henhold til å verne elevene mot mobbing er nettopp å iverksette tiltak for å stanse mobbingen. Dette må anses som et grunnleggende krav for at skolene kan sies å ha oppfylt sin omsorgsplikt overfor eleven.

Av kravene i oppl. sammenholdt med uttalelsene i Rt.2012 s.146 kan det utledes at tiltakene som settes inn, ikke kan baseres på en vurdering hvor man ser hver enkelt episode av krenkelser mot eleven isolert. Tiltakene må vurderes i lys av det helhetlige bildet, og skolen må være bevisst på at det de ansatte observerer kan være bare bruddstykker av det som foregår. Enkelt-episoder må ses i sammenheng for å kunne vurdere totalbelastningen på eleven og for å kunne sette i verk tiltak basert på et tilstrekkelig avklart grunnlag.

Tiltakene som har vært satt inn, må være forholdsmessige ut ifra alvorlighetsgraden, herunder varigheten av mobbingen. Jo lenger mobbingen har vart, desto større er kravene til skolens håndtering.

Videre vil skolens evne til å endre tiltakene etter å ha sett an virkningen av de iverksatte tiltakene, inngå i vurderingen. Det var i Rt.2012 s.146 avgjørende for Høyesterett at skolen ikke satte i verk andre tiltak selv om mobbingen fortsatte, og til og med ble intensivert. Dette kan tyde på at det er et visst rom for feilvurderinger. Forutsetningen må være at det iverksettes andre tiltak når de iverksatte tiltakene viser seg å ikke ha tilstrekkelig effekt.

3.3.4.2 Elevens sårbarhet

Har skolen en skjerpet omsorgsplikt for sårbare elever? Det følger som nevnt av den overordnede normen i oppl. §9a-1 at det er den enkelte elevs subjektive opplevelse av skolemiljøet som er vurderingstema. Skolen må derfor i utgangspunktet ta hensyn til spesiell sårbarhet hos den enkelte elev.

Skjerpes aktsomhetsnormen når eleven har hatt særtrekk som har gjort vedkommende mer utsatt for eller sårbar for mobbing?

I flere lagmannsrettsdommer er spesielle forhold ved den enkelte elev ansett for å være årsak til mobbingen, og disse særtrekkene er blitt vektlagt som forhold som taler mot erstatningsansvar for kommunen.¹⁴⁴

I Rt.2012 s.146 ble særtrekk ved eleven som gjorde eleven mer utsatt for mobbing og andre krenkelser vektlagt som et moment som medførte en skjerpet aktsomhetsnorm. Det var allerede fra han startet skolegangen klart for de ansatte at han var sårbar og trengte ekstra oppfølging fordi han hadde glassøye, var sosialt umoden og fysisk svak, samtidig som han hadde et bedre ordforråd og var faglig sterkere enn de andre elevene. Høyesterett uttalte at eleven «samlet sett framsto som en spesielt sårbar elev, som skolen i utgangspunktet burde ha spesiell oppmerksomhet rettet mot.»¹⁴⁵

Høyesterett har gjennom denne dommen avklart at forhold ved en elev som gjør eleven mer utsatt for mobbing eller andre krenkelser medfører en skjerpet aktsomhetsnorm.

Må skolen ha hatt kjennskap til elevens sårbarhet? Rettspraksis om spesiell sårbarhet ved mobbing i arbeidslivet og i skolen gir her veiledning.

Rt.1993 s.616 gjaldt en tidligere arbeidstakers erstatningskrav mot arbeidsgiver etter mobbing fra en overordnet. Høyesterett fant det ikke bevist at det hadde foregått mobbing eller trakassering. Høyesterett vurderte også om det var grunnlag for å ilegge arbeidsgiver erstatningsansvar som følge av forsømt omsorgsplikt overfor den ansatte. Høyesterett vurderte omsorgsplikten for å ikke være brutt fordi den aktuelle konflikten ikke hadde vært synbar for ledelsen. Det hadde heller ikke vært synbart at saksøker hadde følt seg plaget.

Rt.2004 s.1855 gjaldt en tidligere arbeidstakers erstatningskrav mot arbeidsgiver på grunn av det han mente var trakassering fra en overordnet. Høyesterett slo først fast at selv om saksøker hadde følt seg dårlig behandlet, var det ikke noe som objektivt sett ga ham grunn til å føle det. Deretter gikk Høyesterett over til å vurdere om vurderingen likevel skulle bli en annen på grunn av hans spesielle sårbarhet (personlighetstrekk). Retten konkluderte med at det ikke

¹⁴⁴ LB- 2003-13879, LG-2004-1550, LH-2007-93102

¹⁴⁵ Dommens premiss 52

kunne ha vært synbart at saksøker hadde «så store psykiske problemer at han burde behandles på en spesielt skånsom måte». Når dette ikke var synbart, kunne ikke arbeidsgiver bebreides for å ikke ha hensyntatt dette. Det forelå derfor ikke ansvarsgrunnlag.

Også i Rt.2012 s.146 ble det også lagt vekt på synbarheten ved elevens sårbarhet. De ansatte hadde vært klar over at eleven skilte seg ut.¹⁴⁶

Av dommene kan det utledes at elevens sårbarhet må ha vært synbar dersom den skal føre til at aktsomhetsnormen skjerpes. Selv om skolen i utgangspunktet har plikt til å ivareta alle elever ut ifra deres subjektive behov og opplevelser, forutsetter dette altså at spesielle behov eller spesiell sårbarhet er synbart og mulig å ivareta.

3.3.4.3 Ansvarsfordelingen

Feil fra de ansattes side må vurderes med utgangspunkt i de pliktene de ansatte har. Som det er redegjort for i kapittel 2.4, er lærerne og de andre ansatte ved skolen pålagt omfattende forpliktelser som kan sammenfattes som omsorgsplikt for elevene. Forutsetningen for at ansatte skal kunne overholde sine forpliktelser er at arbeidsgiver har lagt forholdene til rette for at den ansatte kan oppfylle sine forpliktelser.¹⁴⁷ Brudd på omsorgsplikten, som for eksempel passivitet når en elev blir mobbet, vil normalt måtte vurderes som uaktsomt av den ansatte. Når de ansatte ved lov er pålagt plikt til å handle (eventuelt varsle eller undersøke), vil det normalt måtte anses uaktsomt å bryte denne plikten.¹⁴⁸

Det følger av oppl. §9a-4 annet punktum at skoleledelsen har ansvaret for den daglige gjennomføringen av det kontinuerlige og systematiske arbeidet som skal sørge for at bestemmelsene i kapittel 9a overholdes. Selv om skoleledelsen har ansvaret for den daglige gjennomføringen, er det kommunen som har det overordnede ansvaret. Kommunen og skoleledelsen må sørge for at de ansatte har tilstrekkelig kompetanse til å ivareta lovens krav, jf. oppl. §10-8.

¹⁴⁶ Dommens premiss 52

¹⁴⁷ NOU 1995 :18 s.18

¹⁴⁸ Lødrup (2005) s.128

Av oppl. §9-1(2) følger det at rektor skal holde seg fortrolig med «den daglege verksemda i skolen». Dette ansvaret ligger på rektor personlig selv om han eller hun kan delegere lederoppgaver til sine underordnede. Det innebærer at rektor personlig må følge opp arbeidet med skolemiljøet.

I Rt.2012 s.146 ble det vurdert som ansvarsbetingende at skoleledelsen hadde overlatt det meste av oppfølgingen av mobbingen til den mobbede elevens kontaktlærer uten å følge opp.¹⁴⁹ Dommen gir veiledning ved vurderingen av ansvarsfordelingen på skolen. En ansvarsfordeling hvor skoleledelsen i realiteten ikke har tatt ansvar taler for erstatningsansvar. Det å overlate det meste av håndteringen til klassestyreren til tross for at mobbingen fortsetter er i strid med det overordnede ansvaret skoleledelsen har og også i strid med rektors særlige ansvar.

3.3.4.4 Brudd på reglene om forsvarlig system

Oppl. §13-10 pålegger skoleeier å ha et «forsvarleg system for vurdering av om krava i opplæringslova og forskriftene til lova blir oppfylte». Om kommunen som skoleeier ikke oppfyller denne plikten eller det hefter mangler ved kommunens etterlevelse, kan det medføre erstatningsansvar.

I praksis vil det være mest aktuelt å kumulere slike feil med ansattes feil ved håndtering av mobbingen for å ha tilstrekkelig ansvarsgrunnlag. Men i teorien kan brudd på denne plikten i seg selv være tilstrekkelig som ansvarsgrunnlag dersom systemet ikke har vært forsvarlig.

3.3.5 Helhetsvurderingen

Grensen for når aktsomhetsnormen er overtrådt, beror i stor grad på konkrete omstendigheter. En helhetsvurdering av hva som fra skolens side har blitt gjort vil til syvende og sist være avgjørende, og i denne helhetsvurderingen vil reelle hensyn være en relevant faktor.

Både spesielle hensyn som gjør seg gjeldende i skolesituasjonen, og de grunnleggende hensyn som erstatningsretten hviler på, kommer inn i bildet. Når det gjelder reelle hensyn som gjør

¹⁴⁹ Dommens premiss 64

seg gjeldende i skolesituasjonen, må det legges vekt på at lærerne har et betydelig omsorgs ansvar for elevene. Elevene har ikke mulighet til å rømme unna problemene. Omsorgsansvar medfører strengere krav til handleplikt. Unnlatelser kan vektlegges i større grad når det på det aktuelle området foreligger handleplikt.

Kravene til forsvarlig handlemåte må avveies mot skadepotensialet på det aktuelle området. De spesielle forholdene ved skolesituasjonen har derfor stor betydning ved vurderingen av hvilke krav eleven «med rimelighet kan stille» til skolen som virksomhet. I forarbeidene uttaler departementet: »Elevane har rett og plikt til opplæring, og kan ikkje i same grad som vaksne velje sitt miljø. Når det er i samfunnet si interesse at elevane oppheld seg i skolen, bør det også vere samfunnet sitt ansvar å gjere sitt yttarste for å hindre at dette opphaldet blir til skade for dei.»¹⁵⁰ Ut ifra det vi i dag vet om ettervirkninger av mobbing kan vi legge til grunn at det har et betydelig skadepotensial. Dette er reelle hensyn som taler for en streng aktsomhetsnorm på dette området. Rt.2012 s.146 legger til grunn en streng aktsomhetsnorm i samsvar med disse hensynene og de strenge kravene til elevenes skolemiljø som følger av oppl.

De grunnleggende hensynene i erstatningsretten har som nevnt også betydning under den helhetsvurderingen som må foretas i slike saker. Annenvoterende¹⁵¹ i Rt.2012 s.146 formulerte dette slik: Ansvarsspørsmålet vil «til syvende og sist bero på en bredere, normativ avveining, hvor også prevensjons- og pulveriseringshensyn kan ha vekt.»¹⁵²

I denne vurderingen må det ha betydelig vekt at kommunen er nærmest til å bære ansvaret når skolen ikke greier å beskytte eleven mot mobbing og dette fører til at eleven ikke greier å nyttiggjøre seg eller fullføre utdanningen. I en lagmannsrettsdom uttalte retten:

«Det offentlige er nærmest til å bære risikoen for skader oppstått mens små barn går i pliktig grunnskole på grunn av pulveriseringshensynet, prevensjonshensynet og interesseavveiningen

¹⁵⁰ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.16

¹⁵¹ Annenvoterende var enig med førstvoterende i resultatet, men hadde noe å tilføye om ansvarsgrunnlaget.

¹⁵² Dommens premiss 73

mellom sakens to parter. Det er utslag av klare rimelighetshensyn å kompensere og verne et barn som skades.»¹⁵³

Rt.2012 s.136 viser et taktskifte med hensyn til elevers mulighet for å bli tilkjent erstatning etter å ha blitt utsatt for mobbing i skolen. Det er som nevnt den første dommen hvor en elev vinner fram med sitt erstatningskrav mot kommunen for skolens håndtering av mobbing.¹⁵⁴ Dommen bryter med mønsteret vi så i lagmannsrettsdommene fram til høyesterettsdommen ble avsagt. Høyesterett har nå «korrigert kursen». Det er bakgrunnen for at jeg ikke har tillagt de tidligere lagmannsrettsdommene vekt. I tillegg til at de generelt har lav vekt, gir de ikke uttrykk for den gjeldende rettstilstanden som kan utledes av Rt.2012 s.146 og oppl. kapittel 9a.

Det kan selvsagt diskuteres hvorvidt dommen virkelig innebærer et taktskifte, eller om denne saken bare var helt spesiell. Alvorlighetsgraden ved mobbingen eleven i Rt.2012 s.146 var utsatt for, skilte seg ikke nevneverdig fra mobbingen i de frifinnende lagmannsrettsdommene. Det er altså vurderingen av hvilke krav som kan stilles til skolens håndtering som Høyesterett nå har skjerpet i samsvar med skolelovgivningens krav. Dommen avklarer at en passiv eller avventende holdning ikke kan godtas, spesielt ikke over tid.

Etter min mening tilsier det at reglene i oppl. i flere omganger er skjerpet og tydeliggjort sett i sammenheng med den politiske oppmerksomheten og høyesterettsdommen at den dømmende makt har rettet seg etter signaler om at terskelen for å bli tilkjent erstatning i slike saker har vært for høy.¹⁵⁵

¹⁵³ LA-2010-204975 Dette er den lagmannsrettsdommen som ble opprettholdt av Høyesterett i Rt.2012 s.146

¹⁵⁴ Sandra Val Flaaten har gjennomgått rettspraksis til og med 2007, til sammen syv saker. Hennes funn var at ingen hadde vunnet fram med et slikt erstatningskrav mot kommunen. Der hvor eleven vant i tingretten tapte eleven i lagmannsretten.

¹⁵⁵ Det bør nevnes at etter Rt.2012 s.146 har Kristiansand tingrett avsagt en dom hvor en elev vant fram med sitt erstatningskrav mot kommunen (TKISA-2012-152831)

3.3.6 Særlig om aktsomhetsvurderingen der ansatte har mobbet

Formålet med dette kapitlet er å kartlegge hva som skiller aktsomhetsvurderingen der lærere står bak mobbingen fra aktsomhetsvurderingen der medelever står bak mobbingen.

Som nevnt er det presisert i forarbeidene til oppl. §9a-3 at skolens forpliktelser med henhold til elevens psykososiale skolemiljø gjelder også der eleven er utsatt for krenkende ord eller handlinger fra ansatte.¹⁵⁶ De ansattes omsorgsplikt og skolens ansvar for å iverksette adekvate tiltak gjelder fullt ut der ansatte står bak mobbingen. Der ansatte står bak mobbing eller andre krenkelser kan kommunen bli ansvarlig for både mobbingen i seg selv og for eventuelle feil ved håndteringen av den. Under ansvarsformen kumulativt ansvar kan dette kumuleres. Det er at lærere mobber elever som er det mest praktiske eksemplet fordi andre ansatte har mindre med elevene å gjøre og derfor i mindre grad anledning til å gjøre dette. Videre kan det at skoleledelsen ikke har reagert overfor ansatte som har brutt sine plikter, utgjøre erstatningsbetingende feil som enten alene eller kumulert med andre forhold utgjør grunnlag for å statuere uaktsomhet.

At skader som følge av arbeidstakers mobbing etter omstendighetene *kan* omfattes av arbeidsgiveransvaret, ble uttalt av Høyesterett i Rt.1993 s.616¹⁵⁷ og fulgt opp i Rt.1997 s.786.¹⁵⁸ Begge dommene gjaldt arbeidstakers erstatningskrav mot arbeidsgiver etter mobbing fra kollegaer.

I saker hvor det er de ansatte som står bak mobbing av elever, vil begrensningen i arbeidsgivers ansvar som følger av skl. §2-1 nr.1 i utgangspunktet inngå i vurderingen av erstatningsspørsmålet. Det er to begrensninger som følger av bestemmelsen. De skadevoldende handlingene må være foretatt «under arbeidstakers utføring av arbeid eller verv for arbeidsgiveren», og den andre begrensningen følger av første ledd annen setning: «Ansvaret omfatter ikke skade som skyldes at arbeidstakeren går utenfor det som er rimelig å regne med etter arten av virksomheten eller saksområdet og karakteren av arbeidet eller vervet.»

¹⁵⁶ Ot.prp. nr.72 (2001-2002) s.23

¹⁵⁷ Rt.1993 s.616, s.620

¹⁵⁸ Rt.1997 s.786 s.793

I Rt.1997 s.786 var spørsmålet «om de handlinger som utgjør mobbingen kan sies å være foretatt under arbeidstakers utførelse av arbeid for arbeidsgiveren og - i bekreftende fall - om arbeidstakeren har gått utenfor det som er rimelig å regne med etter karakteren av arbeidet eller vervet, slik at arbeidsgiveren likevel ikke hefter for de skadegjørende handlinger».

Høyesterett uttalte at de samme hensynene som gjør seg gjeldende ved objektivt ansvar, gjør seg gjeldende også ved arbeidsgivers ansvar for arbeidstakers mobbing av andre ansatte.¹⁵⁹ Det gjelder de hensynene som tilsier at risikoen for arbeidstakers skadeforvoldelse plasseres hos arbeidsgiver. Disse er omtalt i kapittel 3.3.1. Disse hensynene gjør seg gjeldende med enda større styrke når det er snakk om læreres (eller andre ansattes) mobbing av elever. Reelle hensyn tilsier at terskelen for erstatningsansvar må være lavere enn ved mobbing mellom voksne i arbeidslivet. Dette på grunn av elevenes pliktige skolegang og at de er barn, noe som medfører at de har mindre forutsetninger for å forsvare seg. Videre er styrkeforholdet mer ubalansert enn ved mobbing fra medelever og ved mobbing mellom voksne i arbeidslivet.

Om det den ansatte har gjort skal vurderes som forsettlig handlinger, må avgjøres etter en konkret vurdering. Ofte vil mobbing av elever utgjøre forsettlig handlinger. Vurderingen av skyldgraden er imidlertid ikke nødvendigvis avgjørende for ansvarsspørsmålet. Det følger av ordlyden i skl. §2-1 «Arbeidsgiver svarer for skade som voldes forsettlig eller uaktsomt» at kommunen som arbeidsgiver er ansvarlig også for ansattes forsettlig handlinger.

Det er også i rettspraksis lagt til grunn at arbeidsgiver i utgangspunktet er ansvarlig for ansattes forsettlig handlinger, men at det må settes en grense et sted. I Rt.1997 s.786 uttaler Høyesterett at «det at mobbebehandlingen er forsettlig, ikke i seg selv innebærer at arbeidstakeren har gått utenfor det som det er rimelig å regne med, med den følge at arbeidsgiveren ikke blir ansvarlig. Men det vil også i arbeidssituasjonen gjelde grenser for hva arbeidsgiveren skal hefte for.» Videre viste Høyesterett til at de tilfeller arbeidsgiver ikke er holdt ansvarlig for ansattes forsettlig handlinger gjelder handlinger som «er mer avledet i forhold til arbeidssituasjonen enn når man har å gjøre med mobbing. Det gjelder for eksempel tyveritilfelle i Rt 1982 1349 og Rt 1996 385.»¹⁶⁰

¹⁵⁹ Rt.1997 s.786 s.793

¹⁶⁰ Rt.1997 s.786 s.793

I vurderingen må de spesielle forholdene ved skolesituasjonen tillegges vekt. Elevenes pliktige tiårige skolegang, det ubalanserte styrkeforholdet mellom elev og lærer samt den omsorgsrollen læreren har overfor eleven tilsier at det skal svært mye til før begrensningen i skl. §2-1 kan medføre at kommunen som arbeidsgiver ikke skal holdes erstatningsansvarlig for en lærer (eller annen ansatt) skadevoldende mobbing av en elev. Hensynet til eleven tilsier altså at denne begrensningen i utgangspunktet ikke kan gjøre seg gjeldende der hvor ansatte ved skolen har mobbet en elev og det har medført skade.

3.3.7 Delt bevisbyrde

Ved lov 21. juni 2013 nr. 18 fikk oppl. en ny bestemmelse, §9a-8 om erstatningsansvar og bevisbyrde etter brudd på bestemmelsene om det psykososiale skolemiljøet. Bestemmelsens annet ledd lyder:

«Hvis det i saker etter første ledd ligg føre tilhøve som gir grunn til å tro at skoleeigar ikkje har følgd opp reglane i eller i medhald av opplæringslova kapittel 9a om psykososialt skolemiljø, skal dette leggjast til grunn med mindre skoleeigaren gjer noko anna truleg.»

Bestemmelsen innfører en regel om delt bevisbyrde for erstatningsansvar etter brudd på bestemmelsene om det psykososiale skolemiljøet. Lovendringen skjedde etter en utredning bestilt av Kunnskapsdepartementet og utført av Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo.¹⁶¹ Å innføre en regel om delt bevisbyrde var også foreslått av Barneombudet.¹⁶²

3.3.7.1 Hva regelen innebærer

Delt bevisbyrde innebærer at bevisbyrden delvis legges på skadevolder. Dersom det «ligg føre tilhøve som gir grunn til å tro at skoleeigar ikkje har følgd opp reglane i eller i medhald av opplæringslova»¹⁶³, er det dette som skal legges til grunn med mindre skolen kan motbevise det. I dette ligger at dersom en elev «kan legge frem opplysninger som gir grunn til å tro at en skoleeier i en sak ikke har overholdt sine forpliktelser»¹⁶⁴, må skolen motbevise dette gjennom å legge frem bevis for at den har overholdt forpliktelsene. Ifølge forarbeidene er formuleringen «grunn til å tro» ment å gi et lavere beviskrav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt, som er det alminnelige beviskravet i sivile saker.¹⁶⁵ Det gjelder med andre ord et lavere beviskrav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for den delen av bevisbyrden som påhviler

¹⁶¹ Welstad og Warp i *Realisering av elevenes rett til et godt psykososialt miljø i skolen og et elevombuds rolle. Utredning av opplæringsloven kapittel 9a og behovet for å opprette et permanent elevombud*

¹⁶² *Bekymringsmelding* Rapport fra barneombudet overlevert Kunnskapsdepartementet 2.juni 2012

¹⁶³ Oppl. §9a.8 annet ledd

¹⁶⁴ Prop. 129 L (2012-2013) s.48

¹⁶⁵ Prop. 129 L (2012-2013) s.48

skadelidte (eleven). I forarbeidene presiseres det at det ikke kreves at eleven har håndfaste bevis som for eksempel dokumenter eller vitner, men at en påstand alene ikke er nok.¹⁶⁶ Sakens ytre omstendigheter må styrke påstanden for at bevisbyrden skal gå over på skadevolder.

3.3.7.2 Begrunnelsen for endringen

Begrunnelsen for endringen er å senke terskelen for å gå til søksmål for lidt økonomisk tap som følge av mangler ved det psykososiale skolemiljøet. Gjennom at kommunen som skadevolder får deler av bevisbyrden, vil sannsynligheten for at eleven vinner fram med sitt erstatningskrav øke. Videre vil ubalansen i styrkeforholdet mellom eleven og skolen/kommunen utjevnes noe. Endelig vil det kunne effektivisere kravene til skolenes arbeid med det psykososiale skolemiljøet som allerede fulgte av opplæringsloven fordi skolen får incitament til å følge kravene til saksbehandling og dokumentasjon. For å ha noe å dokumentere, må det faktisk gjøres. Departementet påpeker at skolen er nærmere til å redegjøre for hva som faktisk er skjedd fordi det er skolen som sitter på informasjon om hva som er blitt gjort. Sakene vil bli bedre opplyst av at skolene må bevise at de har gjort nok.¹⁶⁷

Ettersom endringen bare gjelder vilkåret om ansvarsgrunnlag, vil eleven fortsatt ha bevisbyrden for at det foreligger årsakssammenheng og økonomisk tap. Det er altså bare under uakt-somhetsvurderingen at kommunene gjennom den nye regelen har fått deler av bevisbyrden.

Likevel sender lovendringen et signal til tidligere elever som vurderer å gå til søksmål mot kommunen gjennom at lovgiver har ønsket å gjøre terskelen lavere. Sannsynligheten for å nå fram er blitt noe større, og bevisbyrden delt på et viktig område, nemlig vilkåret om ansvarsgrunnlag.

3.4 Oppsummering

Når skolens håndtering av mobbing vurderes under ansvarsformen kumulativt ansvar kan alle de ansattes feil og unnlaterelser vurderes under ett.

¹⁶⁶ Prop. 129 L (2012-2013) s.48

¹⁶⁷ Prop. 129 L (2012-2013) s.58

At det nå er en høyesterettsdom hvor skadelidte har vunnet fram med et slikt erstatningskrav, vil antageligvis bane vei for nye søksmål. En slik utvikling kan også skje på grunn av de signaler som lovgiver har gitt gjennom lovendringene som innfører erstatningshjemmel og delt bevisbyrde med det formål å senke terskelen for å gå til erstatningssøksmål.

4 Avsluttende betraktninger

I barndommen legges grunnlaget for resten av livet. Den pliktige skolegangen medfører at en del av dette grunnlaget legges i skolen. Vi vet at det å bli mobbet innebærer økt risiko for psykisk sykdom, sosiale problemer, arbeidsledighet og uførhet senere i livet.¹⁶⁸ Hvordan tiden i grunnskolen arter seg, vil altså ikke bare ha stor betydning for hvordan barndommen blir, men også influere på elevenes fremtid.

Manglende beskyttelse mot mobbing kan true barnets rett til utdanning gjennom at det kan bli vanskelig for barnet å gjennomføre skolegangen eller i det hele tatt oppholde seg på skolen. Elevene har rett til å gjennomføre utdanningen på sin nærscole,¹⁶⁹ og kommunen har ansvar for å gjøre dette mulig.¹⁷⁰ Det finnes få muligheter for å gjennomføre utdanningsplikten på andre måter. Det kan søkes om å bytte skole, og undervisning i hjemmet kan godkjennes som oppfyllelse av utdanningsplikten. Imidlertid er dette for mange ikke reelle alternativer. Det er ikke lenger mange barn som har hjemmeværende foreldre som kan ta seg av opplæringen. Dessuten vil det å oppfylle utdanningsplikten gjennom hjemmeundervisning innebære å ikke lenger være del av det sosiale miljøet på skolen. For elever som er utsatt for vedvarende mobbing kan dette likevel utgjøre et bedre alternativ enn å gå på nærskolen.

Lovgiver har tatt dette på alvor gjennom å gi elevene klare rettigheter med henhold til det psykososiale skolemiljøet. Skolene er pålagt en rekke forpliktelser som dersom de overholdes, vil kunne redusere forekomsten av mobbing. Likevel har forekomsten av mobbing ligget stabilt.¹⁷¹ Det tyder på at det er manglende etterlevelse av reglene som er det største hinderet i realiseringen av elevenes vern mot mobbing.

¹⁶⁸ <http://www.forskning.no/artikler/2012/august/329077>

¹⁶⁹ Oppl. §8-1(1)

¹⁷⁰ Oppl. §13-10

¹⁷¹ «Det har ikke vært endringer i

mobbing fra 2007 til 2012, men i 2013 ser vi en nedgang fra 6,8 prosent som oppgir at

de ble mobbet to til tre ganger i måneden eller mer i 2012 til 4,2 prosent som oppgir

det samme i 2013.» *Mobbing, krenkelser og arbeidsro i klassen. Analyse av elevundersøkelsen 2013.*

NTNU Samfunnsforskning AS. Publisert 13.januar 2013

På bakgrunn av de drøftelsene som er foretatt i oppgaven mener jeg at det likevel fortsatt er et behov for å styrke elevenes rettslige vern mot mobbing. Dette bør skje gjennom en tydeliggjøring av hva retten til et godt psykososialt skolemiljø innebærer og betydningen av elevens egen opplevelse av skolemiljøet. Dessuten bør retten til å bli hørt i saker om det psykososiale skolemiljøet inntas i oppl. for å tydeliggjøre overfor skolen at eleven har rett til å bli hørt.

Rt.2012 s.146 kan sies å bære bud om at domstolene ikke lenger aksepterer at skolene inntar en passiv eller avventende holdning når barn mobbes. Gjennom innføring av delt bevisbyrde må kommunen nå bevise at det er gjort nok for å bekjempe mobbingen og forbedre skolemiljøet. Forhåpentligvis vil kravene i opplæringsloven kapittel 9a derfor i større grad bli fulgt enn det som hittil har vært tilfelle.

Både høyesterettsdommen og lovendringene innebærer at elevenes rettslige vern mot mobbing er blitt styrket og bærer bud om at utviklingen vil fortsette i retning av å styrke elevenes vern mot mobbing.

5 Referanser

Litteratur

- Andenæs, Mads Henry
Collin-Hansen, Ragnhild
Rettskildelære Oslo, 2003
Barnets rett til opplæring og vernet mot marginalisering i skolen (Avhandling for graden dr. juris) Bergen 2008
Eckhoff, Torstein og Eivind Smith
Engstrøm, Bjørn
Forvaltningsrett 9.utg. Oslo, 2010
Skadeserstatningsloven med kommentarer Oslo, 2010
Flaaten, Sandra Val
Senskader som følge av mobbing i skolen – fører krav om skadeerstatning frem? Fra artikkelsamling fra den norske arbeidsgruppen knyttet til OECD-prosjektet International Network on School Bullying and Violence (2009)
Helgeland, Geir
Høstmælingen, Njål, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.)
Jakhelln, Henning
Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse
Opplæringslova kommentarutgave
Barnekonvensjonen - Barns rettigheter i Norge. 2. utg. Oslo, 2012
Oversikt over arbeidsretten 4.utg. Oslo, 2006
Velferdsrett I. Grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet og tvang. 4.utg. Oslo, 2008
Lærebok i erstatningsrett 5.utg. Oslo, 2005
Skade og ansvar 2. utg. Oslo, 2007
Mobbingens psykologi – Hva kan skolen gjøre? 2. utg. Oslo, 2014
Nyere utvikling i barneretten, artikkel i Tidsskrift for familierett, arverett og barnerett FAB 2008-2
Welstad, Trond og Henning Jakhelln (red.)
Utdanningsrettslige emner – Artikler med utvalgte tema fra skole- og utdanningsrettens område Oslo, 2012

Welstad, Trond og Simen Warp

Realisering av elevenes rett til et godt psykososialt miljø i skolen og et elevombuds rolle.. Utredning av opplæringsloven kapittel 9a og behovet for å opprette et permanent elevombud Institutt for offentlig retts stensilselserie nr.7/2011

Welstad, Trond og Simen Warp

Rettsliggjøring som hemske for tanken, artikkel i Bedre skole nr.2/2010

Lover

Almindelig borgerlig Straffelov av 22.mai 1902 nr.10

Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10.februar 1967

Lov om grunnskolen av 13.juni 1969 nr.24 (opphevet)

Lov om skadeserstatning av 13.juni 1969 nr. 26

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21.mai 1999 nr.30

Lov om barn og foreldre av 8.april 1981 nr.7

Forskrifter

Forskrift om miljørettet helsevern i barnehager og skoler mv. (F01.12.1995 nr.928)

Forskrift til opplæringslova (F23.06.2006 nr.724)

Internasjonale konvensjoner

Barnekonvensjonen

FNs konvensjon om barnsrettigheter, New York 16.11.1989

EMK

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 4.11.1950

Forarbeider

Innst. II 1964

Innstilling om lov om Det offentlige og andre arbeidsgiveres erstatningsansvar m. m. Innstilling II fra komitéen til å utrede spørse-

Ot.prp. nr.48 (1965-66) NOU 1995:18	målet om barns og foreldres og arbeidsgiveres erstatningsansvar m. m. Om lov om skadeserstatning i visse forhold. Ny lovgivning om opplæring «...og for øvrig kan man gjøre som man vil?»
Ot.prp. nr.46 (1996-1997)	Om lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova)
Ot.prp. nr.44 (1999-2000)	Om lov om endringar i lov 17.juli 1998 nr.61 om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova) m.m.
Ot.prp nr.72 (2001-2001)	Om lov om endringar i lov 17.juli 1998 nr.61 om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa
Innst. O.nr.7 (2002-2003)	Innstilling til Odelstinget fra kyrkje-, utdannings- og forskningskomiteen
Innst.O. nr.86 (2008-2009)	Innstilling fra kirke-, utdannings- og forskningskomiteen om lov om endringar i opplæringslova og privatskolelova
Prop.129 L (2012-2013)	Endringer i opplæringslova og privatskolelova

Veiledere og rundskriv

Udir-2-2010 Retten til et godt psykososialt miljø etter opplæringsloven kap. 9a.

Utdanningsdirektoratet, Oslo, 2010

Veilederer til opplæringsloven kapittel 9a - elevenes skolemiljø. Kunnskaps-, utdannings- og forskningsdepartementet, Oslo, 2010

FNs barnekomité:

Generell kommentar nr. 1

Generell kommentar nr. 2

Generell kommentar nr.12

Generell kommentar nr. 13

Rettspraksis

Rt.1982 s.1729	«Høaas III»
Rt.1993 s.616	«Mjøsbuket»
Rt.1997 s.786	«Mobbedommen»
Rt.1997 s.1081	«Trampett»
Rt.2004 s.1844	«Trakassering»
Rt.2004 s.2015	«Høydehopp»
Rt.2012 s.146	«Skolemobbing»

Publiserte underrettsdommer

Rg. 2006 s.630

Upubliserte underrettsdommer

LF-1997-00415

LB-2004-15830

LH-2007-93102

LG-2008-105443

LE-2009-101574

TAUAG-2009-201181

TKISA-2012-152831

Rapporter

Bekymringsmelding. Krenkelser i skolen – Brudd på elevers rett til et godt skolemiljø Rapport fra Barneombudet levert til Kunnskapsdepartementet 2.juni 2012

Mobbing, krenkelser og arbeidsro i klassen. Analyse av elevundersøkelsen 2013.

NTNU Samfunnsforskning AS. Publisert 13.januar 2013

Nettsider

forskning.no

regjeringen.no